

Sentencia T-466/11

ARBITRAMENTO-Definición/ARBITRAMENTO-Características

El arbitramento es un mecanismo heterocompositivo de resolución de diferencias de carácter privado originado a través de un acuerdo entre dos o más personas, bajo el cual se comprometen a someter a la decisión de particulares una determinada disputa de naturaleza transigible que debe dictarse con respeto al debido proceso. Las decisiones arbitrales, al igual que cualquier otro pronunciamiento judicial, son obligatorias, plenamente ejecutables y hacen tránsito a cosa juzgada. la celebración de un pacto arbitral supone no solamente la decisión libre y voluntaria de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten – cualquiera que ella sea – se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla. La anterior característica de la justicia arbitral, derivada directamente del carácter voluntario de este mecanismo de solución de controversias, conlleva a que los medios judiciales de control de las decisiones arbitrales sean restringidos, limitándose a conjurar, por regla general, violaciones al derecho fundamental al debido proceso, manifestadas a través de errores in procedendo. En efecto, el elemento voluntario del arbitramento implica que – en principio – la valoración sustantiva realizada por los árbitros goce de un carácter definitivo e intangible.

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Procedencia excepcional

La acción de tutela procede excepcionalmente contra laudos arbitrales cuando aquellos desconocen los derechos fundamentales de las partes. Sin embargo, la procedencia de la solicitud de amparo en estos casos está subordinada al cumplimiento de los siguientes dos requisitos: (i) el agotamiento de los recursos previstos en la ley para atacar la decisión arbitral y (ii) la configuración de una vía de hecho, al verificarse la existencia de un actuar manifiestamente caprichoso e irrazonable por parte de los árbitros, encausado en cualquiera de los defectos desarrollados por la jurisprudencia constitucional anteriormente reseñados.

VIA DE HECHO EN MATERIA ARBITRAL POR DEFECTO SUSTANTIVO-Configuración

La naturaleza voluntaria del arbitramento como mecanismo alternativo de solución de controversias tiene un impacto trascendental en el examen que debe realizar un juez de tutela con el fin de determinar si un Tribunal de Arbitramento ha incurrido en una vía de hecho por defecto sustantivo. En efecto, el hecho que hayan sido las partes en contienda aquellas quienes hayan designado – por razones de confianza y conveniencia – la solución de una determinada disputa a un grupo de árbitros y que el ordenamiento

jurídico vigente carezca de mecanismos para impugnar las apreciaciones sustantivas realizadas por aquellos, impone necesariamente que el error en el entendimiento y aplicación del derecho sea especial y manifiestamente irrazonable, arbitrario, caprichoso y equivocado. En consecuencia, tratándose de laudos arbitrales la Corte ha manifestado de manera categórica que las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no son de suficiente magnitud para configurar una vía de hecho por defecto sustantivo. En realidad, la labor de interpretación de la ley y el contrato de los árbitros goza de una “sólida protección constitucional”, debido a que aquellos son, por expresa disposición de las partes en contienda, los jueces naturales para resolver la controversia. Resulta indudable que, aún cuando los árbitros son por voluntad expresa de las partes los jueces naturales de la controversia, y en consecuencia gozan de un amplio margen de interpretación de la ley y de los hechos, pueden sin embargo incurrir en una vía de hecho por defecto sustantivo cuando sus interpretaciones de las cláusulas del contrato o de las disposiciones normativas pertinentes carezcan de cualquier sentido mínimo de razonabilidad y coherencia. Debe enfatizarse que, en virtud de los principios de voluntariedad y estabilidad jurídica de la justicia arbitral, la prosperidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales resulta marcadamente excepcional.

VIA DE HECHO EN MATERIA ARBITRAL POR DEFECTO FACTICO-Configuración

Para que se configure una vía de hecho por defecto fáctico, es indispensable que el error en la apreciación probatoria sea de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el Tribunal de Arbitramento. En igual sentido, es imprescindible que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, los árbitros hubieran adoptado una decisión completamente opuesta. Para el caso concreto la Sala encuentra que el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP incurrió en una vía de hecho por defecto probatorio, ya que realizó una interpretación irrazonable y ostensiblemente equivocada de las pruebas obrantes en el expediente y en especial de los dictámenes periciales practicados durante el trámite arbitral, porque dedujo de aquellos, sin que fuera objetivamente posible hacerlo, el monto de la obligación de pagar las “pérdidas operativas” no imputables a la gestión del operador. La Corte observa que la vía de hecho por defecto fáctico se estructuró a partir de diversas consideraciones del Tribunal de Arbitramento, que lo llevaron a extraer del plenario una conclusión probatoria ajena a la realidad de la controversia. En efecto, los árbitros: (i) ignoraron el carácter inequívoco de las conclusiones del primer dictamen pericial en cuanto a la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema como fundamento para el cálculo de las pérdidas operativas; (ii) fundamentaron su decisión única y

exclusivamente en el anexo 1.1. de la aclaración del primer dictamen pericial, a pesar de que aquel señalaba de manera textual que las cifras allí consignadas no podían tenerse como confiables; (iii) inadvirtieron que los cuestionamientos realizados a dicha prueba en lo relativo al carácter impreciso de la estimación de las pérdidas nunca fueron abordados, ni siquiera tangencialmente, por la pericia decretada para resolver la objeción por error grave planteada y (iv) no consideraron aquellas otras pruebas que corroboraban la falta de confiabilidad del sistema de acueducto.

DEBIDO PROCESO-Vulneración por parte de Tribunal de Arbitramento que realizó valoración defectuosa del acervo probatorio y condenó a pagar al Municipio de Turbo

La solicitud de tutela presentada por el Municipio de Turbo debe concederse, debido a que el laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008) del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP constituye una vía de hecho por defecto fáctico toda vez que: (i) realizó una valoración defectuosa del acervo probatorio, al concluir, de manera contraria a las pruebas obrantes en el expediente, que la contabilidad del sistema de acueducto era confiable y en consecuencia podía emplearse para determinar las “pérdidas operativas” no imputables a la gestión del operador; (ii) tal error probatorio afectó de manera directa el sentido de la decisión, ya que con fundamento en él se adoptó la determinación de condenar al Municipio de Turbo al pago del rubro perseguido; y (iii) tal incidencia en el sentido del fallo derivó en el insalvable quebrantamiento del derecho al debido proceso de la entidad reclamante, toda vez que el plenario apuntaba inequívocamente a la conclusión diametralmente opuesta.

Referencia: expediente T-2544540

Acción de tutela instaurada por el Municipio de Turbo contra el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP.

Magistrado Ponente:
JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio

Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que confirmó la decisión de primera instancia proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

El Municipio de Turbo, actuando mediante apoderado judicial, ejerció acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP, buscando la protección de su derecho fundamental al debido proceso de conformidad con los siguientes antecedentes:

1. Hechos que dieron lugar a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento:

- En 1996, Acuantioquia S.A. ESP adjudicó al consorcio SAGAS-HYDRA, el contrato para la operación, mantenimiento y administración del sistema de acueducto del Municipio de Turbo (Antioquia), previo trámite de un concurso público de méritos adelantado conforme a la Ley 80 de 1993. Asevera que dicho negocio jurídico fue suscrito el 28 de agosto de ese año.
- Sostiene el accionante que el régimen económico de dicho acuerdo se regía por la siguiente cláusula:

“CLÁUSULA QUINTA. El operador facturará, recaudará y manejará los recursos provenientes de los servicios prestados a los usuarios, de conformidad con las tarifas y estipulaciones que se encontraren vigentes, en la forma como esté establecido por los organismos competentes.

Los recaudos obtenidos se contabilizarán según las disposiciones que fijan esa materia y los ingresos se aplicarán en forma preferente a los siguientes conceptos, según su orden:

- a. Sufragar gastos generales de operación, administración y mantenimiento.*
- b. Pago de los impuestos, tasas y contribuciones a que haya lugar según las normas pertinentes.*

- c. *Pago de contribución a la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico y a la Superintendencia de Servicios Públicos, o a los organismos que los sustituyen.*
- d. *Al pago de la remuneración del operador, estipulada en la cláusula cuarta.*
- e. *A la amortización de los créditos por concepto de inversiones y gastos que efectuaré el operador con cargo a ACUANTIOQUIA E.S.P., según se acuerde con ésta.*

Realizada la anterior distribución, los excedentes se transferirán a la propietaria del sistema, quien los aplicará al pago de la cuota de auditoría técnica a su favor en un porcentaje de lo trasladado el cual será reajustado anualmente por la junta directiva de Acuantioquia E.S.P. y el saldo alimentará el fondo de reposición y ampliación de los sistemas.

PARAGRAFO PRIMERO: La distribución de los recursos se efectuará dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, por períodos vencidos de recaudo.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de que se presenten pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador, ACUANTIOQUIA E.S.P. las enjugará durante los diez primeros días del período siguiente y en todo caso, ACUANTIOQUIA E.S.P. tramitará las modificaciones tarifarias o los subsidios oficiales que permitan enjugarla o permitirá que el operador tramite los reajustes tarifarios. De no ser esto posible dentro de los tres (3) meses siguientes al establecimiento del déficit, se suspenderá el contrato, si así lo solicita el operador, por el término necesario para lograr el equilibrio financiero del sistema. Si la suspensión del contrato dura más de tres (3) meses, el operador podrá provocar la terminación del contrato, dándole aviso por escrito a ACUANTIOQUIA E.S.P., sin perjuicio de la obligación de ACUANTIOQUIA de resarcir al operador el déficit y las deudas a su cargo, dentro de los tres (3) meses siguientes a la terminación del contrato, con los intereses de rigor. (Negrilla fuera de texto)

PARÁGRAFO TERCERO: Acuantioquia E.S.P. se compromete a realizar en el transcurso del primer año de suscrito el contrato, inversiones por un valor mínimo de \$250.000.000 para la ejecución del plan de optimización inicial y a aportar los recursos necesarios siguientes que demande el plan de optimización.” (Negrilla fuera de texto)

- De igual forma, cuenta que el contrato contemplaba una cláusula compromisoria cuyo texto señalaba que:

- *“Toda controversia que ocurriere entre las partes en relación con este contrato o con la ejecución de su objeto, se someterá a arreglo directo entre ellas. En caso de no obtener acuerdo dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a su formulación, cualquiera de las partes podrá acudir al centro de conciliación y arbitramento de la Cámara de Comercio de Medellín, para que ésta, de conformidad con las disposiciones legales y el reglamento de ese centro, decida sobre la controversia presentada. El Tribunal de arbitramento sesionará en la ciudad de Medellín, integrado por tres (3) árbitros que decidirán en derecho que serán nombrados de común acuerdo por las partes. En caso de que no exista acuerdo, éstos serán nombrados por la persona que designa la ley, o en su defecto, por el director del centro de conciliación y arbitramento.”*
 - Comenta que el dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997), el Consorcio SAGAS-HYDRA cedió su posición de contratista en tal acuerdo a Conhydra S.A. ESP.
 - Posteriormente, mediante escritura pública Núm. 1664 del catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), Acuantioquia S.A. ESP vendió el sistema de acueducto al Municipio de Turbo. Explica que dicho negocio supuso asimismo la cesión del contrato para la operación, mantenimiento y administración de dicha infraestructura de parte de la entidad contratante.
 - Seguidamente, mediante oficio del tres (3) de noviembre de 1999, Acuantioquia S.A. ESP notificó a Conhydra S.A. de la cesión contractual, indicándole que, en adelante, toda referencia que en el contrato se hiciera a la primera se entendería hecha a su cesionario *“quien se subroga en los derechos y obligaciones que para entonces tenía Acuantioquia.”*
- Con el objeto de calificar y cuantificar las *“pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador”* a que hace referencia el parágrafo 2do de la cláusula 5ª del contrato, las partes acordaron la práctica periódica de una auditoria financiera externa.
- Manifiesta que Conhydra S.A. ESP ha solicitado extrajudicialmente el reconocimiento y pago de las *“pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador”*, valiéndose de los resultados de dichas *“auditorías financieras”*.
 - Precisa que el Municipio de Turbo se ha negado a reconocer y pagar las sumas de dinero consignadas en tales soportes. Concretamente, relata que la negativa de la entidad accionante ha provenido del hecho que los mencionados documentos equiparan equivocadamente el concepto de *“pérdidas operativas”* con el de *“déficit de caja”*, entrando así en franca contradicción, no solamente

con la “*realidad del contrato*”, sino también con normas contables de carácter imperativo. La entidad accionante explica que mientras el concepto de “*déficit de caja*” es un rubro calculable en los sistemas contables de caja, las “*pérdidas operativas*” se determinan exclusivamente en los sistemas de contabilidad de causación, los cuales, en virtud de lo establecido en el Decreto 2649 de 1993, son obligatorios para las entidades de derecho público. Concluye que siendo la contabilidad de causación el único sistema contable legalmente permitido para el acueducto del Municipio de Turbo, no es posible que las “*pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador*” se calculen a través de una operación de “*recaudos menos pagos*” como lo es la del déficit de caja.

- El diecinueve (19) de mayo de dos mil seis (2006) el Municipio de Turbo cedió su posición en el contrato a la sociedad Aguas de Urabá S.A. ESP.

- Mediante oficio del cinco (5) de julio de dicho año, Conhydra S.A. ESP manifestó al Municipio de Turbo que si bien aceptaba la cesión del contrato a Aguas de Urabá S.A. ESP, no lo liberaba de la obligación de pagar las pérdidas operativas a que hacía alusión la cláusula 5ª del contrato que se hubieran causado con anterioridad a dicho acto transmisivo.

- Ante la negativa del Municipio de Turbo a reconocer y pagar lo pedido bajo el concepto de “*pérdidas operativas*”, Conhydra S.A. ESP – en ejercicio de la cláusula compromisoria contenida en el mencionado contrato –, formuló solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para dirimir dicha controversia el dieciocho (18) de agosto de dos mil seis (2006).

- Conforme a lo pactado en la cláusula compromisoria, las partes designaron de común acuerdo los árbitros, quienes dentro de los términos previstos legalmente aceptaron el encargo encomendado.

- El Tribunal de Arbitramento, a instancia de Conhydra S.A. ESP, decretó la práctica de una prueba pericial, con el objeto de determinar el estado del sistema de contabilidad del Municipio de Turbo y la confiabilidad de las “*auditorías financieras*” presentadas por la primera, como fundamento para el cálculo de las “*pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador*”.

- Dicha experticia fue rendida por una perita contable, el diez (10) de agosto de dos mil siete (2007).

- Con el fin de precisar el entendimiento de la prueba pericial, ambas partes solicitaron la aclaración y complementación del dictamen.

- La perita presentó respuesta a tales solicitudes mediante escrito del veintinueve (29) de septiembre de dos mil siete (2007).

- Inconforme con las respuestas de la perita, este fue objetado por error grave, por considerar que sus conclusiones no guardan coherencia lógica con las respuestas dadas a los interrogantes formulados por las partes.
- Para resolver la objeción por error grave, los árbitros decretaron la práctica de un segundo dictamen pericial, el diecinueve (19) de noviembre de dos mil siete (2007).
- Se presentó solicitud de aclaración y complementación al peritaje que resolvió la objeción por error grave, la cual fue resuelta en audiencia del cinco (5) de diciembre de ese mismo año.

2. De la providencia cuestionada mediante tutela:

- Una vez concluida la etapa probatoria y presentados los alegatos de conclusión, el trámite arbitral culminó en laudo dictado el trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008).
- En dicha providencia, el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP, acogió las pretensiones de la solicitud de convocatoria, condenando al Municipio de Turbo al pago de la suma de mil seiscientos veinticuatro millones quinientos cincuenta y tres mil treinta y nueve pesos (\$1.624.553.039), por la falta de reconocimiento y pago oportuno de las “*pérdidas operativas no imputables al operador*”, generadas en desarrollo del referido contrato, desde el 1 de enero del dos mil (2000) hasta el 30 de junio de dos mil seis (2006).
- El Tribunal concluyó que el monto de las “*pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador*” reclamadas por la parte convocante, sí coincidía con las cifras contenidas en las “*auditorías financieras*” obrantes en el expediente, en las cuales se determinó el “*déficit de caja*” del sistema de acueducto del Municipio.
- Afirma que el monto de la condena se extrajo “*inexplicablemente*” del escrito de aclaración y complementación del dictamen pericial contable practicado a instancia de las partes, el cual, por el contrario, señalaba palmariamente la imposibilidad de determinar las “*pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador*”, por existir serias inconsistencias en la contabilidad del sistema de acueducto operado por Conhydra S.A. ESP.
- Conocida la decisión del Tribunal de Arbitramento, se solicitó la aclaración, corrección y complementación del laudo, las cuales fueron desatendidas por el panel de árbitros en audiencia del tres (3) de marzo de dos mil ocho (2008).
- Inconforme con la decisión arbitral, se presentó recurso de anulación ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, invocando como fundamento las causales 6ª, 8ª y 9ª del artículo 163

del Decreto 1818 de 1998. Sustentó dicho recurso en los siguientes argumentos:

a. Respecto de la causal 6ª, correspondiente a “haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”, sostuvo que el Tribunal de Arbitramento falló a “*su leal saber y entender*”, al apartarse de manera completa del ordenamiento jurídico para efectos de establecer “*un criterio de solución sobre lo que debía entenderse por pérdidas operativas y cómo se debían liquidar*”. Concretamente, sostuvo en dicha instancia que el panel de árbitros dejó de analizar dicho concepto “*a la luz de principios y reglas contables*”, acudiendo en cambio a “*muchas razones inclusive prácticas para fincar su posición y ello equivale a aplicar el principio: verdad sabida y buena fe guardada*”.

b. En lo atinente a la causal 8ª, relativa a “haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”, la entidad accionante manifestó que el Tribunal de Arbitramento “*ordenó pagar el déficit de caja, siendo que este aspecto no constituía el aspecto de la controversia*”, concediendo así más de lo pedido.

c. En lo relativo a la causal 9ª, relacionada con “no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, el Municipio de Turbo alegó que el laudo arbitral padecía de incongruencia, por la falta de correspondencia entre las pretensiones de la demanda, las excepciones y la demanda de reconvención.

- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del tres (3) de diciembre de dos mil ocho (2008), declaró infundado dicho recurso, luego de considerar que los errores endilgados a la decisión arbitral correspondían en realidad a vicios *in judicando*, los cuales no era posible alegar dentro de las precisas causales de procedencia de dicho mecanismo de defensa.

De acuerdo con lo expuesto, el accionante considera que el Tribunal de Arbitramento desconoció su derecho fundamental al debido proceso, porque incurrió en (i) ***un defecto sustantivo***, al dejar de aplicar normas contables de carácter imperativo en la interpretación del contrato objeto de la disputa, en especial el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, el Decreto 2649 de 1993 y las Resoluciones 1416 y 1417 de 1997 y 6572 de 2001 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; y (ii) ***un defecto fáctico***, al apreciar de manera manifiestamente equivocada los dictámenes periciales y demás documentos contables pertenecientes al acervo probatorio, los cuales, en su sentir, reflejaban la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema de

acueducto del Municipio de Turbo como prueba para determinar el monto de las “*pérdidas operativas no imputables al operador*”.

(i) En primer término, el actor cuestiona que el panel investido transitoriamente de funciones jurisdiccionales haya desconocido el marco normativo sustancial aplicable a la cláusula contractual objeto de la controversia. En efecto, en sentir del actor, el laudo arbitral cuestionado “*se funda en normas y costumbres indiscutiblemente inaplicables al caso concreto y corresponde a una interpretación que se hace del contrato sin tener en cuenta disposiciones de carácter imperativo de obligatoria observancia, muy por encima de las consideraciones prácticas establecidas por los contratantes, o de hábitos que le hayan podido adoptar, por vulnerar abiertamente el orden legal.*”

Concretamente, sostiene que el ***defecto sustantivo*** en que incurrió el Tribunal de Arbitramento consistió en darle a la expresión “*pérdidas operativas*” consignada en la cláusula 5ª del contrato, un alcance contrario a la ley, al concluir que aquellas eran equiparables al “*déficit de caja*” y, de esa manera, podían determinarse a través del sistema de contabilidad de caja. Afirma que dicho razonamiento entra en franca contradicción con disposiciones normativas de obligatoria observancia, en especial el Decreto 2649 de 1993 y la Resolución 1416 de 1993, los cuales, en su parecer, establecen que las pérdidas operativas “*se obtienen únicamente del estado de resultados y siempre y cuando se haya verificado la causación de los hechos económicos.*” De esa manera, argumenta que la falta de aplicación de tales preceptos “*conlleva el desconocimiento del principio de asociación contemplado en la Resolución 1416 de 1993 y que los costos y gastos deben estar relacionados en el mismo período en que sucedió el hecho económico*”.

Adicionalmente, refiere que el tribunal ignoró injustificadamente el concepto emitido por la Contaduría General de la Nación que reposaba en el expediente, el cual establecía que “*la única forma para reconocer pérdidas operativas era bajo el sistema de causación.*”

(ii) En segundo lugar, el reclamante señala que el laudo arbitral adolece de un ***defecto probatorio***, debido a que realizó una apreciación contraevidente de las pruebas a su disposición, ya que aquellas determinaban que la contabilidad del sistema de acueducto del Municipio de Turbo no era confiable y, en esa medida, no era posible establecer el monto de las “*pérdidas operativas*” a que hacía alusión la cláusula 5ª del citado contrato.

Refiere que el primer dictamen pericial, leído de manera sistemática y en conjunto, mostraba que la contabilidad padecía de numerosas inconsistencias y que de esa forma no reflejaba la situación real financiera del sistema de acueducto.

Igualmente, asevera que la prueba denominada “*levantamiento contable*”, las “*glosas y observaciones*” plasmadas en las “*auditorías financieras*” y las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Servicios Públicos y la Contraloría General de Antioquia en contra de Conhydra S.A. ESP por presuntas irregularidades en la operación del sistema de acueducto del Municipio de Turbo no fueron valoradas por el Tribunal de Arbitramento, a pesar de que aquellas denotaban de manera clara e indiscutible el incumplimiento de las obligaciones del operador y, en consecuencia, la imposibilidad de calcular las “*pérdidas operativas*” referentes a la mencionada cláusula 5ª del contrato.

Así las cosas, debido a la presencia de los defectos anteriormente descritos y de su fundamental incidencia en el sentido de la decisión, el Municipio de Turbo solicita se ordene dejar sin efectos el laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008).

3. Contestación de los árbitros:

3.1. Jorge Parra Benítez.

El abogado Jorge Parra Benítez, designado como árbitro del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP, se pronunció sobre los hechos que motivaron la solicitud de tutela, afirmando que “*ni en el proceso arbitral, ni al dictarse la providencia del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008) se vulneraron los derechos fundamentales del actor*”.

Sostiene que la apreciación sustantiva y probatoria efectuada por el Tribunal se enmarca dentro de los precisos límites constitucionales y legales conferidos a los funcionarios judiciales, toda vez que fue producto de un análisis razonable, ponderado y mesurado de la controversia sometida a su consideración.

Afirma que el Tribunal Arbitral “*apoyado en la génesis del contrato y [sic] a la intención de los contratantes, así como en varios elementos de prueba que reposaban en el expediente, y en el dictamen pericial*”, concluyó que “*la utilización de un sistema contable (causación o caja) no era lo que resultaba definitivo para llegar a la solución a la litis*” toda vez que “*las cifras determinadas por la perito [sic], por ambos sistemas, eran muy similares.*”

3.2. Fernando Ossa Arbeláez y Reinaldo Escobar de la Hoz.

No obstante haber sido notificados de la presente acción de tutela, los señores Fernando Ossa Arbeláez y Reinaldo Escobar de la Hoz, integrantes del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP, no emitieron pronunciamiento alguno.

4. Intervenciones de terceros:

4.1 Consejo de Estado.

Vinculado oficiosamente por parte del juez de primera instancia, el Presidente del Consejo de Estado, Rafael Ostau de Lafont Pianetta, dio respuesta a la acción de tutela, enfatizando el carácter manifiestamente improcedente de la solicitud de amparo. Sobre el particular, reiteró la tesis de dicha Corporación respecto de la absoluta improcedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales. Así, manifestó que lo que pretendía el actor mediante la solicitud de amparo era reabrir un debate sustancial y probatorio ya concluido.

4.2. Procuraduría Judicial Administrativa.

Vinculada de manera oficiosa por parte del fallador de primer grado, la Procuraduría Judicial Administrativa 31 coadyuvó al Municipio de Turbo en su pretensión de dejar sin efectos el laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008). En criterio del Ministerio Público, el Tribunal de Arbitramento incurrió en una vía de hecho y de esa forma desconoció el derecho fundamental al debido proceso de la entidad reclamante, ya que se dejaron de aplicar normas y conceptos contables de obligatoria observancia; y porque se realizó una apreciación manifiestamente equivocada del acervo probatorio, toda vez que los elementos de convicción que sirvieron para la condena (las denominadas auditorías financieras) no reflejaban la situación contable y financiera real del sistema de acueducto y en consecuencia no eran idóneas para determinar las “*pérdidas operativas no imputables al operador*”.

4.3. Conhydra S.A. ESP.

Vinculada oficiosamente por parte del juez de primera instancia, Conhydra S.A. ESP, parte convocante en el trámite arbitral reprochado, rindió informe sobre los hechos que motivaron la solicitud de tutela. Dicha compañía solicitó que se declarara improcedente la petición de amparo, ya que faltaba el requisito constitucional de la inmediatez. Refiere que la demanda de tutela fue impetrada un año y cinco meses después de proferido el laudo arbitral cuestionado, lo cual a su juicio resultaba a todas luces desproporcionado e injustificado. Aseguró que si el perjuicio derivado de la supuesta violación de los derechos fundamentales de la entidad accionante hubiera realmente ocurrido, el Municipio de Turbo hubiera formulado la acción de tutela de manera simultánea con el recurso de anulación presentado ante el Consejo de Estado, como mecanismo transitorio mientras aquel se desataba.

Adicionalmente, Conhydra S.A. ESP manifestó que el laudo arbitral carecía de los yerros endilgados por la entidad demandante, ya que en realidad fue producto de la valoración en conjunto de la totalidad del acervo probatorio y

de la aplicación de las disposiciones contractuales, legales y contables relevantes para el caso.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión.

5.1. Sentencia de primera instancia.

En sentencia del cinco (5) de agosto de dos mil nueve (2009), la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia declaró improcedente el amparo solicitado.

A juicio del *a quo*, la entidad demandante no cumplió con la exigencia de agotar la totalidad de mecanismos judiciales de defensa, en tanto no formuló recurso alguno en contra de la sentencia del Consejo de Estado que declaró infundado el recurso de anulación. En efecto, en sentir del juez de instancia, el peticionario olvidó hacer uso del recurso de revisión contra dicha providencia judicial. En idéntico sentido, el fallador reprochó que el peticionario no hubiera dirigido la acción de tutela en contra de tal determinación. Preciso que tal conducta denotaba, en últimas, su conformidad no sólo con la decisión de la máxima autoridad de lo contencioso administrativo, sino también con el laudo arbitral ahora censurado.

Adicionalmente, el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia concluyó que la petición de amparo carecía del requisito de inmediatez, ya que verificó que habían transcurrido siete (7) meses desde el momento en que se desató desfavorablemente el recurso de anulación promovido en contra del laudo arbitral cuestionado y el momento de presentación de la acción de tutela.

Igualmente, el fallador de primer grado sostuvo que la decisión judicial censurada no podía ser cuestionada a través de la acción de tutela, en tanto las inconformidades con la interpretación del contrato y la apreciación probatoria efectuadas por el panel arbitral escapaban al ámbito de competencia de esta vía constitucional.

- Salvamento de voto

Hubo salvamento de voto de la posición mayoritaria de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, considerando que la solicitud de amparo promovida por el Municipio de Turbo debió concederse. El magistrado disidente señaló que la entidad demandante sí había agotado la totalidad de los mecanismos judiciales de defensa disponibles, en tanto había hecho uso oportuno del recurso de anulación en contra del laudo arbitral. En ese sentido, adujo que era contrario a la jurisprudencia constitucional exigir el agotamiento del recurso de revisión, toda vez que aquel era un mecanismo judicial ineficaz e inidóneo para resolver la presente disputa, ya que su procedencia estaba condicionada a la configuración de las estrictas causales contenidas en el artículo 185 del Código Contencioso Administrativo.

En segundo lugar, afirmó que la solicitud de tutela formulada por el Municipio de Turbo sí cumplía con el requisito constitucional de la inmediatez, ya que, atendiendo las complejas circunstancias de la presente controversia, los siete (7) meses que transcurrieron desde que se decidió el recurso de anulación y la presentación de la acción de tutela no resultaban injustificados ni desproporcionados.

Asimismo, el magistrado discrepante explicó que el laudo arbitral cuestionado sí había vulnerado el derecho fundamental al debido proceso del Municipio de Turbo, toda vez que desconoció “*de manera abierta el contenido del Decreto 2649 de 1993 que establece que el único sistema contable aceptado en Colombia para reportar los hechos económicos es el de causación y no el de caja.*”

En igual sentido, expresó que el panel arbitral dejó de apreciar en su integridad las pruebas aportadas al plenario, de las cuales se deducía la falta de confiabilidad de los asientos contables del sistema de acueducto objeto de la disputa que sirvieron de fundamento para determinar las “*pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador*”. Aseveró que dicha omisión tuvo una incidencia medular en el sentido de la decisión, ya que si los árbitros hubieran advertido tal circunstancia hubieran proferido necesariamente un fallo absolutorio.

- **Impugnación del accionante**

La entidad demandante, inconforme con la decisión del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

En primer lugar, aseguró que su conformidad con la sentencia de anulación del Consejo de Estado, expresada en la no interposición de ningún recurso, se explicaba en la medida en que comprendía que los yerros cometidos por el Tribunal de Arbitramento eran auténticos errores *in judicando*, que no podían subsanarse impugnando la decisión de la Sección Tercera. De esa forma, manifiesta que la acción de tutela era el único mecanismo judicial idóneo para cuestionar la apreciación sustantiva y probatoria efectuada por el panel de árbitros.

Reiteró la existencia de los defectos sustantivos y probatorios previamente reseñados, enfatizando que el Tribunal de Arbitramento profirió condena sin fundamento en la ley ni en los hechos, toda vez que dejó de aplicar normas contables obligatorias y pasó por alto que el acervo probatorio mostraba que la contabilidad del acueducto de Turbo carecía de confiabilidad y así, no podía servir de prueba para determinar las “*pérdidas operativas no imputables al operador*”.

5.2. Sentencia de segunda instancia

La Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009), confirmó en su totalidad la sentencia de primer grado, luego de corroborar la falta del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia relativos al agotamiento de los mecanismos judiciales de defensa e inmediatez observados por el *a quo*. Adicionalmente, el fallador de segundo grado sostuvo que la providencia judicial atacada, lejos de mostrarse caprichosa, arbitraria o carente de fundamento, era producto de un análisis ponderado y razonado de los hechos y la ley aplicable.

- **Salvamento de voto**

Hubo un magistrado que se apartó de la decisión adoptada por el juez de segundo grado, por considerar que el Tribunal de Arbitramento había incurrido en graves defectos sustantivos y fácticos y de esa forma quebrantado el derecho al debido proceso del Municipio de Turbo.

El magistrado disidente, luego de verificar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, acogió las tesis de la entidad reclamante respecto de la existencia de graves defectos *sustantivos y probatorios* en el laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008).

Manifestó que el panel de árbitros dejó de aplicar injustificadamente, para efectos de desentrañar el significado del parágrafo 2do de la cláusula 5ª del contrato, el Decreto 2649 de 1993, que reglamenta los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.

Arguyó que aun cuando existen dos sistemas de contabilidad permitidos por la ley, caja y causación, *“tanto para el sector público como para el sector privado, las normas contemplan el de causación, es decir, tanto para las empresas que se encuentran bajo las reglas señaladas por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, como por el Contador General de la Nación.”* De esa forma, explicó que la única forma legalmente permitida para determinar las *“pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador”* era mediante su cálculo a través del sistema contable de causación.

Argumentó que la conclusión del Tribunal de Arbitramento, según la cual tales pérdidas operativas podían calcularse a través de la contabilidad de caja y de esa manera, podían establecerse en virtud del *“déficit de caja”* estimado en las *“auditorías financieras”* obrantes en el expediente, desconoció normas imperativas de obligatorio cumplimiento, lo cual redundó en la afectación insalvable del derecho fundamental al debido proceso de la entidad reclamante.

6. Pruebas

De los elementos probatorios obrantes en el expediente, la Sala destaca los siguientes:

1. Copia del “*contrato para la operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del Municipio de Turbo*” celebrado entre Acuantioquia S.A. ESP y el Consorcio SAGAS-HYDRA, el veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996) (Folios 2 a 14 del cuaderno 2 de primera instancia).
2. Copia del dictamen pericial rendido por la perita Patricia Liliana Rodríguez Henao, en cumplimiento del encargo realizado por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP (Folios 145 a 219 del cuaderno 2 de primera instancia).
3. Copia del escrito de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial rendido por la perita Patricia Liliana Rodríguez Henao, en cumplimiento del encargo realizado por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP (Folios 279 a 334 del cuaderno 2 de primera instancia).
4. Copia del escrito de objeción por error grave al dictamen pericial rendido por la perita Patricia Liliana Rodríguez Henao, formulado por el apoderado judicial del Municipio de Turbo (Folios 737 a 755 del cuaderno 3 de primera instancia).
5. Dictamen pericial rendido por el señor César Mauricio Ochoa Pérez, en respuesta a la objeción por error grave presentada por el Municipio de Turbo (Folios 757 a 767 del cuaderno 3 de primera instancia).
6. Copia de la solicitud de aclaraciones y complementaciones al peritazgo que resuelve la objeción por error grave elevada por el Municipio de Turbo (Folios 768 a 773 del cuaderno 3 de primera instancia).
7. Copia del acta de la diligencia de aclaración y complementación al dictamen pericial, del cinco (5) de agosto de dos mil siete (2007) (Folios 774 a 785 del cuaderno 3 de primera instancia).
8. Copia del concepto SGI-2000 de la Contaduría General de la Nación (Folios 131 a 135 del cuaderno 1 de primera instancia).
9. Copia de la declaración de la señora Claudia Patricia Olarte Betancur (Folios 1006 a 1036 del cuaderno 4 del Tribunal de Arbitramento).
10. Copia de la declaración de la señora Doris Posada Muñoz (Folios 1049 a 1098 del cuaderno 4 del Tribunal de Arbitramento).
11. Copia de la versión escrita de los alegatos de conclusión presentados por el Municipio de Turbo (Folios 786 a 856 del cuaderno 3 de primera instancia).
12. Copia de la versión escrita de los alegatos de conclusión presentados por Conhydra S.A.-ESP (Folios 905 a 999 del cuaderno 3 de primera instancia).
13. Copia del laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008), proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado para

dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP (Folios 1011 a 1080 del cuaderno 3 de primera instancia).

14. Copia de la solicitud de aclaración, corrección y complementación de laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008) (Folios 1082 a 1085 del cuaderno 3 de primera instancia).
15. Copia del acta de la audiencia para resolver sobre las solicitudes de aclaración y complementación del laudo arbitral, del tres (3) de marzo de dos mil ocho (2008) (Folios 1086 a 1092 del cuaderno 3 de primera instancia).
16. Copia del fallo del tres (3) de diciembre de dos mil ocho (2008) de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación promovido en contra del laudo arbitral del trece (13) de febrero de ese mismo año (Folios 100 a 123 del cuaderno 1 de primera instancia).

II. ACTUACIÓN SURTIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante auto del catorce (14) de junio del dos mil diez (2010), el magistrado sustanciador ordenó la práctica de algunas pruebas. Así, solicitó al Notario Cuarto de Medellín que enviara a esta Corporación, copia del expediente contentivo de la actuación del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP, protocolizado mediante la Escritura Pública Núm. 1937, lo que ha atendido en su debida oportunidad.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión es competente para revisar la presente decisión de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

La entidad reclamante considera que el laudo arbitral proferido el trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008) por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP, desconoció su derecho fundamental al debido proceso, en tanto incurrió (i) en un *defecto sustantivo*, por haber dejado de aplicar diversas normas contables de carácter obligatorio, indispensables para desentrañar el significado de la expresión “*pérdidas operativas no imputables al operador*”, consignada en la cláusula 5ª del contrato, y (ii) en un *defecto fáctico o probatorio*, por haber determinado el

monto de la condena a partir de un número de pruebas que, en criterio de la reclamante, fueron apreciadas de manera manifiestamente equivocada, toda vez que aquellas, por el contrario, no hacían otra cosa que señalar la imposibilidad de calcular las “*pérdidas operativas no imputables al operador*” por existir innumerables inconsistencias e irregularidades en la contabilidad del sistema de acueducto.

(i) Respecto del ***defecto sustantivo***, el municipio reclamante aduce que el Tribunal de Arbitramento desconoció las siguientes normas de carácter imperativo, las cuales, en su parecer, disponían que el único método válido para determinar las “*pérdidas operativas*” de un ente económico era el sistema de causación. A juicio de la entidad peticionaria, se dejaron de aplicar, para efectos de la interpretación de la cláusula 5ª del contrato, los siguientes textos normativos:

1. El artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 31 de la Ley 689 de 2001.
2. El Decreto 2649 de 1993, “*por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.*”
3. La Resolución 1416 de 1997 de la Superintendencia de Servicios Públicos “*por la cual se expide y adopta el Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios.*”
4. La Resolución 1417 de 1997 de la Superintendencia de Servicios Públicos “*por la cual se expide y adopta el Sistema Unificado de Costos y Gastos para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado, Aseo, Energía y Gas Combustible.*”
5. La Resolución 006572 de 2001 de la Superintendencia de Servicios Públicos “*por la cual se actualiza el Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios.*”
6. La consulta contable 310, radicado 20062-61644 del Consejo Técnico de la Contaduría General de la Nación.

El reclamante aduce que todas y cada una de las normas anteriormente enlistadas prescribían, de manera clara y perentoria, la obligación de determinar las pérdidas operativas de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios a través del sistema de causación. Así las cosas, la entidad demandante sostiene que el Tribunal de Arbitramento, al concluir que era plausible equiparar los conceptos contables de “*pérdidas operativas*” y “*déficit de caja*”, dejó de aplicar normas imperativas al caso concreto, las cuales, por el contrario, no dejaban duda sobre la radical diferencia existente entre dichos rubros.

El Municipio de Turbo expresa que el ***defecto sustantivo*** del Tribunal se hace patente en la siguiente afirmación, de carácter fundamental para el sentido de la decisión, hecha por el panel de árbitros en la página 33 del laudo:

*“Trayendo lo simple al caso, sin duda la pérdida operativa es, en el contrato de autos, entonces, el daño, la cantidad menor, por ser mayores los egresos que los ingresos en la operación propia del sistema de acueducto. **Pérdida y déficit será, pues, equivalente.**”* (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, la entidad actora señala que existe “*flagrante error de derecho*” en la siguiente consideración que sirve de soporte para la condena:

“Para el Tribunal, el hecho de que la contabilidad debe ajustarse al método de causación, no excluye que el método de operaciones efectivas de caja, por no existir otro que sea imperativo, sea el instrumento para definir, en forma real, si se presentan excedentes o pérdidas en la operación.”

A juicio de la peticionaria, tales señalamientos del Tribunal desconocieron no solo el mandato imperativo de emplear el sistema de causación para la determinación de la contabilidad de un ente económico, sino también la falta de idoneidad del sistema de caja para evaluar la gestión del operador. Asegura que la determinación de la conducta del operador era un elemento central en el establecimiento de la obligación contenida en la cláusula 5ª, la cual el sistema de operaciones efectivas de caja, por su naturaleza propia, no podía determinar. De esa manera, explica que el Tribunal de Arbitramento incurrió en un error de interpretación contractual insalvable, que resultó en el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso del municipio actor.

(ii) En lo atinente al ***defecto probatorio***, el Municipio de Turbo asegura que el Tribunal de Arbitramento extrajo conclusiones del acervo probatorio que no se compadecen con la realidad procesal del trámite arbitral. Específicamente, el reclamante comenta que en el curso del proceso se llegó a demostrar que la contabilidad del acueducto de Turbo carecía de certeza, mientras que el Tribunal entendió completamente lo opuesto, dándole a los asientos contables del sistema el carácter de plena prueba y usándolos para determinar el monto de la condena.

Aduce que algunas de las respuestas dadas por la perita que realizó el primer dictamen eran “prueba irrefutable” de que la contabilidad del sistema de acueducto no era confiable y de esa manera, era imposible determinar el monto de las “*pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador*”. Adicionalmente, señala que la conclusión de la experta estuvo orientada justamente en ese sentido y que a pesar de ello el Tribunal de Arbitramento la ignoró completamente. La referida afirmación está plasmada en la respuesta a la pregunta 2.1 del dictamen pericial cuyo texto es el siguiente:

“Es de anotar que la determinación de las pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador, no es posible certificarlas: por la cantidad de glosas y observaciones realizadas por los auditores y adicionalmente porque no es materia de la perito (sic) contable evaluar si son imputables o no a la gestión del operador.”

En el mismo sentido, el municipio actor afirma que la omisión deliberada y completamente injustificada por parte del panel de árbitros de la siguiente afirmación realizada por la perita acredita la “*vía de hecho por defecto fáctico*”:

“Después de analizar el manejo contable efectuado por el operador, considero que la contabilidad no refleja la situación real del sistema, por no manejarse el sistema de causación en su totalidad; la mayoría de las glosas no han sido descontadas de la contabilidad; se presentan ingresos negativos por ajustes; los ingresos se contabilizan por el valor neto (ingresos menos devoluciones y descuentos); se omite el manejo de las cuentas de orden para la cartera provisionada e inversiones; se efectúan registros contables que no son técnicos, no se efectuó el corte contable con Acuantioquia”.

Finalmente, el actor comenta que el Tribunal de Arbitramento omitió, sin justificación alguna, valorar las siguientes pruebas, las cuales acreditaban la imputabilidad de las “*pérdidas operativas*” a Conhydra S.A.- ESP, al igual que la obligatoriedad del sistema contable de causación para su cálculo:

- Levantamiento contable (Folios 36 a 144 del cuaderno 2 de primera instancia)
- Las glosas y observaciones de las “*auditorías financieras*” (Cuadernos 8 y 9 del expediente del Tribunal de Arbitramento)
- Los procesos de responsabilidad fiscal iniciados en contra de Conhydra S.A. – ESP (Folios 377 a 479 del cuaderno 2 del expediente del Tribunal de Arbitramento)

Acorde con las condiciones antedichas, la Corte examinará si la decisión del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP, mediante la cual se condenó a la entidad actora al pago de la suma de \$1.624.553.039 por no haber reconocido oportunamente a Conhydra S.A. ESP el valor de las “*pérdidas operativas*” que se generaron en la operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto de dicho municipio, incurrió en (i) un **defecto sustantivo**, al dejar de aplicar las disposiciones imperativas señaladas por la entidad actora, en la tarea de interpretar la cláusula 5ª del contrato y (ii) un **defecto fáctico o probatorio**, por apreciar de manera manifiestamente equivocada el material probatorio obrante en el expediente y por dejar de valorar ciertas pruebas que de haberse tenido en cuenta hubieran llevado a una decisión diametralmente distinta.

Previo a ello, la Corte reiterará su jurisprudencia respecto a (i) la procedencia estrictamente excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales, (ii) el defecto sustantivo y (iii) el defecto fáctico en materia de decisiones arbitrales. Posteriormente procederá al análisis del caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. El arbitramento es un mecanismo heterocompositivo de resolución de diferencias de carácter privado originado a través de un acuerdo entre dos o más personas, bajo el cual se comprometen a someter a la decisión de particulares una determinada disputa de naturaleza transigible que debe dictarse con respeto al debido proceso.¹ Las decisiones arbitrales, al igual que cualquier otro pronunciamiento judicial, son obligatorias, plenamente ejecutables y hacen tránsito a cosa juzgada².

De la anterior definición, salta a la luz que la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, en virtud del cual desean derogar – para el asunto particular – la jurisdicción estatal como sede para dirimir la controversia³. Adicionalmente, la celebración de un pacto arbitral supone no solamente la decisión libre y voluntaria de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten – cualquiera que ella sea – se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla⁴.

La anterior característica de la justicia arbitral, derivada directamente del carácter voluntario de este mecanismo de solución de controversias, conlleva a que los medios judiciales de control de las decisiones arbitrales sean restringidos, limitándose a conjurar, por regla general, violaciones al derecho fundamental al debido proceso, manifestadas a través de errores *in procedendo*.⁵ En efecto, el elemento voluntario del arbitramento implica que –

¹ Brown, Henry and Marriott, Arthur: ADR Principles and Practice, 2nd Ed, London, 1999 Núm. 4-004.

² Sentencia SU-174 de 2007.

³ El carácter voluntario del arbitramento también ha sido reconocido por la normativa vigente, al regular, *in extenso*, la naturaleza, formas de perfeccionamiento y efectos del pacto arbitral. En efecto, el Decreto 1818 de 1998, compilatorio de las normas que reglamentan los mecanismos alternativos de solución de conflictos, señala que a través del pacto arbitral “*que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando hacer valer sus pretensiones ante los jueces*” (Art. 117).

Dicha normativa a su turno define la cláusula compromisoria “*como el pacto contenido en un contrato o documento anexo, a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral*. (Art. 118)” El compromiso, por su parte, es “*un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral*” (Art. 119).

⁴ Sentencia SU-174 de 2007.

⁵ Contra todo laudo arbitral nacional que verse sobre materias civiles, comerciales o referentes a contratos estatales procede el recurso extraordinario de anulación, respecto de los laudos proferidos por los tribunales convocados para dirimir un conflicto laboral está consagrado el recurso de homologación (art. 143 del C. S. T. compilado por el artículo 195 del decreto 1818 de 1998). Las causales que pueden ser invocadas para

en principio – la valoración sustantiva realizada por los árbitros goce de un carácter definitivo e intangible.⁶

De esa manera se ha pronunciado inequívocamente esta Corporación al señalar que:

“Cuando las partes de una controversia acuerdan voluntariamente someter sus disputas a la decisión de árbitros, están tomando la decisión de no acudir a la jurisdicción estatal por motivos de conveniencia, según su libre apreciación. Por lo tanto, al habilitar a los tribunales de arbitramento para administrar justicia, las partes están manifestando su confianza en que la decisión que adopten los árbitros por ellas mismas escogidos -directa o indirectamente- para resolver la controversia, será la adecuada. El elemento voluntario y contractual que está a la base del arbitraje fortalece, así, la posición en la que se encuentran los árbitros para resolver la controversia; de ahí que se entienda que, en principio, los laudos arbitrales gozan de estabilidad jurídica.”⁷

3.2. Es por lo anterior que la Corte Constitucional, respetando la voluntad de las partes de poner fin a una determinada controversia de naturaleza transigible a instancias de árbitros, y advirtiendo la naturaleza restrictiva de las vías judiciales diseñadas por el legislador para controlar este tipo de decisiones, ha manifestado de manera uniforme y reiterada que, por regla general, la acción de tutela no procede contra laudos arbitrales.⁸

Para esta Corporación, la anterior regla se deriva de: *“(1) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (2) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (3) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (4) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha*

interponer el recurso varían de acuerdo a la materia del asunto examinado por la justicia arbitral. Respecto de los laudos proferidos por tribunales arbitrales convocados para dirimir controversias originadas en contratos estatales las causales aplicables son las previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (compiladas en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998), en las restantes materias las causales de anulación aplicables son las previstas en el artículo 38 del Decreto 1279 de 1989 (compiladas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998). Los motivos de impugnación previstos en estas disposiciones son de naturaleza esencialmente formal (falta de competencia del tribunal, fallos ultra y extrapetita, etc.) y *prima facie* vedan a la justicia estatal el examen de los argumentos formulados para adoptar la decisión. Ahora bien, las causales enunciadas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 con relación a los laudos que versen sobre controversias en materia de contratación estatal son aún más limitadas que aquellas previstas por el artículo 38 del Decreto 1279 de 1989 respecto de los laudos arbitrales en asuntos civiles y comerciales porque no están contemplados como motivos para interponer el recurso de anulación, la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita, ni los demás motivos de nulidad absoluta o relativa del pacto arbitral alegados en el proceso arbitral y no saneados o convalidados en el transcurso del mismo, ni el haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga entre otras.

⁶ Sentencia T-920 de 2004.

⁷ Sentencia SU-174 de 2007.

⁸ Sentencias T-790 de 2010, T-058 y T-311 de 2009, T-443 de 2008, SU-174 de 2007, T-244 de 2007, T-1017 de 2006, T-839 de 2005, SU-058 de 2003, T-1228 de 2003, T-192 de 2004, T-1228 de 2003, T-294 de 1999, T-570 de 1994, entre otras.

*de ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento”*⁹. En razón a lo anterior, este Tribunal ha señalado que la acción de tutela procede exclusivamente cuando se verifique la existencia de una clara vía de hecho, que implique la vulneración de derechos fundamentales.¹⁰

De esta forma, como lo manifestó enfáticamente la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia SU-174 de 2007, para que la acción de tutela resulte procedente frente a una decisión arbitral se requiere “(a) *que se haya configurado una vía de hecho por el laudo arbitral o en los recursos extraordinarios impuestos, que ciertamente vulnere de manera directa derechos fundamentales*¹¹; (b) *que se hayan agotado los recursos previstos para controlar los laudos y a pesar de ello persista una vía de hecho en la decisión que se ataca.*”

Para la Corte, al igual que como ocurre con los jueces de la República, los árbitros son, si bien de manera transitoria, “autoridades públicas” en el lenguaje del artículo 86 de la Carta Política, por lo cual pueden ser demandados a través de la acción de tutela cuando sus decisiones vulneren de manera directa los derechos fundamentales de las personas.¹²

En efecto, esta Corporación, en la sentencia SU-837 de 2002, hizo especial énfasis en el sometimiento de los árbitros al orden constitucional y al imperio de la ley, señalando que “*la atribución transitoria de funciones públicas en cabeza de particulares no les otorga un poder extra- o supraconstitucional, así sus decisiones se inspiren en la equidad y persigan la resolución de conflictos económicos (...). La sujeción de la conducta de las autoridades públicas al Estado de derecho, lleva implícito el respeto y sometimiento al debido proceso en todas sus actuaciones, esto como garantía del ciudadano frente al poder. El desobedecimiento flagrante del debido proceso constituye una vía de hecho frente a la cual la persona no puede quedar inerte. Por ello, la importancia de que exista un procedimiento constitucional para impedir la vulneración y solicitar la protección de los derechos fundamentales*”

3.3. En lo relativo a la exigencia de agotar los mecanismos de defensa judicial disponibles para controlar los laudos arbitrales, la sentencia SU-174 de 2007 sostuvo que la acción de tutela procede exclusivamente cuando “*se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste una vía de hecho por la vulneración directa de un derecho fundamental.*”

En efecto, al igual que como ocurre con cualquier otra providencia judicial, la Corte ha señalado que la acción de tutela contra laudos arbitrales es un mecanismo de defensa de carácter eminentemente residual, cuya procedencia

⁹ Ibíd.

¹⁰ Sentencia SU-174 de 2007.

¹¹ Sentencia SU-058 de 2003.

¹² Sentencia T-311 de 2009.

está condicionada a que, una vez ejercidos oportunamente los recursos ordinariamente establecidos para impugnarlos, la presunta vulneración de los derechos fundamentales no haya sido debidamente conjurada.

Adicionalmente, este Tribunal ha expresado que, aunque las decisiones de los árbitros constituyen el ejercicio – amén de manera transitoria – de la función jurisdiccional, la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo alternativo de solución de controversias supone no solamente la confianza en que la determinación que adopten los árbitros, escogidos directa o indirectamente por las partes, será la adecuada, sino también la renuncia a la prerrogativa de la doble instancia, toda vez que por expreso mandato legal los laudos arbitrales no son susceptibles del recurso ordinario de apelación.¹³

Por ello, los mecanismos de control de las decisiones arbitrales – representados en los recursos de anulación y homologación – no tienen como objeto revisar *in integrum* la determinación definitiva adoptada por los árbitros, ya que aquella se reputa *prima facie* intangible, definitiva y revestida de plenos efectos de cosa juzgada.¹⁴

Por el contrario, los mencionados recursos judiciales, de carácter extraordinario, no pretenden otra cosa que servir de instrumentos de control del procedimiento arbitral, ya que se refieren normalmente a errores *in procedendo* y a algunos errores *in judicando* específicamente definidos.¹⁵ En razón de lo anterior, esta Corporación ha precisado que “los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador.”¹⁶

Así, con fundamento en el privilegio de estabilidad jurídica de los laudos arbitrales y la restrictividad de los mecanismos judiciales de defensa específicamente diseñados para controlarlos, la Corte ha establecido enfáticamente que la acción de tutela no procede contra laudos arbitrales (i) cuando las partes no hayan hecho uso de los medios de defensa previstos durante el trámite arbitral¹⁷ y (ii) si no se han agotado previamente los recursos que contempla la ley, a menos que se use como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable¹⁸.

3.4. De otra parte, la Corte Constitucional ha considerado aplicable *mutatis mutandis*, la doctrina constitucional de la vía de hecho a los laudos arbitrales, aunque respetando las especificidades propias de la justicia arbitral.¹⁹ Así, tratándose de este tipo de pronunciamientos judiciales, la jurisprudencia

¹³ Sentencia T-570 de 1994.

¹⁴ Sentencia SU-174 de 2007.

¹⁵ Sentencia T-570 de 1994.

¹⁶ Sentencia SU-174 de 2007.

¹⁷ Cfr. sentencias T-1228 de 2003 y T-294 de 1999.

¹⁸ Sentencias T-1017 de 2006 y T-839 de 2005.

¹⁹ Sentencia T-192 de 2004.

constitucional ha caracterizado los defectos constitutivos de una vía de hecho en materia arbitral, de la siguiente manera:

- I. *Defecto sustantivo*: Se presenta cuando (i) los árbitros fundamentan su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, y en razón de ello desconocen de manera directa un derecho fundamental;²⁰ (ii) el laudo carece de motivación material o su motivación es manifiestamente irrazonable;²¹ (iii) la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos *erga omnes* que han definido su alcance²²; (iv) la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática²³ y (v) la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada.²⁴
- II. *Defecto orgánico*: Ocurre cuando los árbitros carecen absolutamente de competencia para resolver el asunto puesto a su consideración, ya sea porque han obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes o en razón a que se han pronunciado sobre materias no arbitrables.²⁵
- III. *Defecto procedimental*: Se configura cuando los árbitros han dictado el laudo de manera completamente contraria al procedimiento establecido contractualmente o en la ley, y con ello se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción. Para que la mencionada irregularidad tenga la magnitud suficiente para constituir una vía de hecho, es necesario que aquella tenga una incidencia directa en el sentido de la decisión adoptada, de tal forma que si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una determinación diametralmente opuesta²⁶.
- IV. *Defecto fáctico*: Se presenta en aquellas hipótesis en las cuales los árbitros (i) han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; (ii) han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o (iii) han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable²⁷. Para este Tribunal, es necesario que el error en la valoración probatoria haya sido determinante respecto del sentido de la decisión finalmente definida en el laudo²⁸.

²⁰ Sentencia SU-174 de 2007.

²¹ Sentencia T-244 de 2007.

²² Sentencia T-790 de 2010.

²³ Sentencia T-790 de 2010.

²⁴ Sentencia T-058 de 2009.

²⁵ Sentencia SU-174 de 2007.

²⁶ Sentencia T-1228 de 2003.

²⁷ Sentencia SU-058 de 2003.

²⁸ Sentencia T-443 de 2008.

En conclusión, la acción de tutela procede excepcionalmente contra laudos arbitrales cuando aquellos desconocen los derechos fundamentales de las partes. Sin embargo, la procedencia de la solicitud de amparo en estos casos está subordinada al cumplimiento de los siguientes dos requisitos: (i) el agotamiento de los recursos previstos en la ley para atacar la decisión arbitral y (ii) la configuración de una vía de hecho, al verificarse la existencia de un actuar manifiestamente caprichoso e irrazonable por parte de los árbitros, encausado en cualquiera de los defectos desarrollados por la jurisprudencia constitucional anteriormente reseñados.²⁹

4. Vía de hecho por defecto sustantivo en materia arbitral.

La naturaleza voluntaria del arbitramento como mecanismo alternativo de solución de controversias tiene un impacto trascendental en el examen que debe realizar un juez de tutela con el fin de determinar si un Tribunal de Arbitramento ha incurrido en una vía de hecho por defecto sustantivo. En efecto, el hecho que hayan sido las partes en contienda aquellas quienes hayan designado – por razones de confianza y conveniencia – la solución de una determinada disputa a un grupo de árbitros y que el ordenamiento jurídico vigente carezca de mecanismos para impugnar las apreciaciones sustantivas realizadas por aquellos, impone necesariamente que el error en el entendimiento y aplicación del derecho sea especial y manifiestamente irrazonable, arbitrario, caprichoso y equivocado.

En consecuencia, tratándose de laudos arbitrales la Corte ha manifestado de manera categórica que las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no son de suficiente magnitud para configurar una vía de hecho por defecto sustantivo.³⁰ En realidad, la labor de interpretación de la ley y el contrato de los árbitros goza de una “sólida protección constitucional”, debido a que aquellos son, por expresa disposición de las partes en contienda, los jueces naturales para resolver la controversia.³¹

La jurisprudencia de esta Corporación es un claro reflejo del amplio margen que la Carta Política le ha conferido a las decisiones de los árbitros. En efecto, en las diversas decisiones en las cuales se ha estudiado la configuración de defectos sustantivos por la supuesta indebida interpretación de las cláusulas contractuales o de las disposiciones legales pertinentes a la controversia, la Corte ha manifestado vigorosamente que, a menos que las consideraciones de los árbitros se adviertan flagrantemente arbitrarias, caprichosas o irrazonables, la acción de tutela resulta improcedente, ya que la mera divergencia de criterio con la decisión arbitral no configura una vía de hecho.

- Así, en la sentencia SU-058 de 2003, conociendo de una solicitud de tutela encaminada a dejar sin efectos un laudo arbitral por adolecer de supuestos

²⁹ Sentencia T-311 de 2009.

³⁰ Sentencia SU-058 de 2003.

³¹ Sentencia SU-174 de 2007.

defectos sustantivos y fácticos en la determinación del alcance de las obligaciones de las partes en un acuerdo de operación conjunta para ejecutar un contrato de explotación carbonera, la Sala Plena de esta Corporación reiteró el respeto que merecen las valoraciones de fondo de los Tribunales de Arbitramento, al señalar que aquellas escapan al control del juez constitucional, a menos que con ellas se desconozcan los derechos fundamentales. Al respecto sostuvo:

“Por definición, la acción de tutela únicamente procede si existe amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de la parte demandante (C.P. art. 86). Esta constituye la primera restricción al juez de tutela, pues únicamente le compete analizar la violación de los derechos fundamentales producida con ocasión, en este caso, de dictar una sentencia judicial. // Por otra parte, el principio de autonomía judicial impone una segunda y fuerte restricción a la competencia del juez constitucional. En virtud de dicho principio, el juez constitucional no puede invalidar las actuaciones judiciales e invadir la órbita funcional del juez (derecho al juez natural), más que cuando (i) el juez desconozca (o se aparte sin justificar debida y suficientemente) el precedente judicial aplicable al caso; (ii) el juez interprete el ordenamiento jurídico de manera incompatible con la Constitución; (iii) incurra en vía de hecho (defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental); y, finalmente, (iv) la protección efectiva del derecho fundamental violado demande del juez constitucional que resuelva el problema de fondo. // De lo anterior se desprende que (i) el juez constitucional tiene facultades limitadas para estudiar el proceso y la sentencia judicial sometida a su control; (ii) únicamente podrá cuestionar aquellos aspectos del trámite del proceso y la sentencia que, de suyo, conlleven a la violación de un derecho fundamental. Así las cosas, frente al caso que ocupa a la Corte, salvo que resulte claro que la interpretación que hizo el juez natural (tribunal de arbitramento) del contrato y las obligaciones de las partes, viole un derecho fundamental, no le corresponde al juez de tutela invalidar o desconocer la postura del juez natural”.

- Posteriormente, en la sentencia T-920 de 2004 esta Corporación se pronunció sobre una solicitud de amparo elevada en contra de un laudo arbitral en el cual se había incurrido presuntamente en un defecto sustantivo, al realizarse – a juicio de los peticionarios – una indebida interpretación de las cláusulas del contrato y de los términos del acta de liquidación. Este Tribunal partió del respeto por el margen de interpretación legal y contractual con el que cuentan los árbitros y resolvió negar la tutela contra el laudo por ellos adoptado al verificar que su interpretación de los términos contractuales era razonable. Dijo la Corte:

“En materia de interpretación judicial, los criterios para definir la existencia de una vía de hecho son especialmente restrictivos,

circunscritos de manera concreta a la actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria al derecho. El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por operador jurídico a quien la ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que se trata, en realidad, de “una vía de derecho distinta” que, en consecuencia, no es posible acomodar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera, queda a salvo, pues, el respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste, tanto la adecuada valoración probatoria como la aplicación razonable del derecho.” (Subrayado original)

- La tercera vez en que esta Corporación conoció de una solicitud de tutela en contra de un Tribunal de Arbitramento, por haber incurrido en un presunta vía de hecho por defecto sustantivo, ocurrió en la sentencia T-244 de 2007, en donde la parte accionante alegó que el panel de árbitros había errado en la interpretación de las disposiciones legales y convencionales que sirvieron de fundamento para declarar la responsabilidad de la parte convocada por el incumplimiento de un contrato de fletamento.

En dicha oportunidad, la Corte examinó las valoraciones sustantivas y probatorias de los árbitros y concluyó que, si bien podían resultar discutibles, estaban debidamente soportadas en la ley y en los hechos, con lo cual se satisfacía el mínimo de razonabilidad y coherencia predicable de una decisión judicial ajustada a derecho. Sobre el particular señaló:

“Finalmente, algo similar ocurre con la supuesta prórroga del Contrato 169/99, aquí en principio el apoderado del F.R.A. alega un defecto sustantivo por indebida interpretación de las cláusulas contractuales y de las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que rigen la materia. Al respecto cabe señalar que si bien la interpretación que hizo el juez arbitral resulta discutible, tampoco carece absolutamente de respaldo normativo ni es irrazonable, por lo cual tampoco ha de prosperar en este extremo el amparo constitucional solicitado.

En definitiva, en el caso concreto existían diversas opciones valorativas e interpretativas tanto de los hechos como de las pruebas y de las disposiciones normativas que se debatieron en el trámite arbitral. Ahora bien, de las diversas opciones interpretativas y valorativas la mayoría de los miembros del tribunal arbitral acogieron aquellas que eran contrarias a los intereses del F.R.A. y que favorecían las pretensiones de la parte convocante, sin embargo, ninguna de las posturas acogidas en el laudo arbitral configura un defecto de entidad suficiente para que prospere el

amparo constitucional solicitado.

Se reitera que la tutela en materia de providencias judiciales, dentro de las cuales se incluye los laudos arbitrales, no tiene la naturaleza de un recurso ordinario ni el juez de protección de los derechos fundamentales actúa en estos casos como una instancia superior del órgano que profirió la decisión examinada, facultado para realizar nuevas valoraciones probatorias o para reemplazar la interpretación fáctica y normativa que hizo el juez competente en el caso concreto.”³²

- Luego, en la sentencia T-972 de 2007, este Tribunal resolvió una petición de amparo incoada en contra de un laudo arbitral el cual, a juicio del peticionario, padecía de graves defectos sustantivos al haber realizado una interpretación supuestamente inadecuada de un contrato de prestación de servicios profesionales y de las disposiciones del Código Civil aplicables al caso.

La Corte reiteró que la sola discrepancia con la decisión de los árbitros respecto a la interpretación carece de la entidad suficiente para constituir una vía de hecho por defecto sustantivo. En palabras de la Corte:

“Examinados los defectos propuestos por el peticionario, se encuentra que éstos no cumplen con los criterios jurisprudenciales antes señalados, pues más bien se refieren a divergencias interpretativas en torno a las cláusulas contractuales y disposiciones legales aplicables para resolver el conflicto entre el banco y el Sr. Pinzón.

En primer lugar se alega el Tribunal no valoró debidamente la prueba documental aportada al proceso integrada por el contrato de prestación de servicios suscrito entre el Sr. Pinzón y el Banco ni el Manual de Abogados Externos de COLMENA, al respecto cabe señalar que la no coincidencia de los árbitros con los argumentos expuestos por el Banco no constituyen una indebida valoración probatoria, por el contrario, el Tribunal examinó de manera detenida tanto el contrato de prestación de servicios profesionales y de tal valoración dedujo precisamente que los honorarios no habían sido pactados bajo la modalidad de cuota litis.

Algo similar ocurre con el pretendido defecto por violación de norma sustantiva, pues en ningún caso el Tribunal desconoce el artículo 1602 del Código Civil según el cual todo contrato válidamente celebrado es ley para las partes, lo que sucede es que difiere con la interpretación que hace el banco de las cláusulas contractuales que establecen la modalidad de honorarios pactada. Por otra parte los árbitros invocan normas de carácter legal y

³² Sentencia T-244 de 2007.

reglamentario para justificar su interpretación, y en tal razón sus argumentos no carecen de sustentación ni son manifiestamente irrazonables.”

- Más adelante, en la sentencia T-443 de 2008, esta Corporación hizo particular énfasis en que es necesario, para efectos de acreditar la existencia de una vía de hecho en materia arbitral, que se señale con claridad cómo la posición adoptada por los árbitros, más allá de ser contraria a los intereses del reclamante, carece por completo de cualquier mínimo de racionalidad jurídica y en consecuencia desconoce su derecho fundamental al debido proceso.

Concretamente, descartando la configuración de un defecto sustantivo por una supuesta interpretación indebida de las normas mercantiles que regulan el contrato de arrendamiento de local comercial alrededor del cual giraba la disputa, la Corte concluyó lo siguiente:

“No obstante, advierte la Corte frente a los posibles defectos sustantivos, procedimentales y fácticos invocados, la necesidad de que el actor hubiese probado que las normas aplicadas para el caso por el árbitro eran inaplicables en la circunstancia concreta planteada por el ciudadano, y que con ello se había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso. Especialmente, porque las discrepancias interpretativas en la aplicación normativa no tienen la entidad suficiente para que se configure una vía de hecho. Igualmente en materia procedimental era necesario haberse acreditado que la determinación del árbitro de no aceptar a los subarrendadores como terceros intervinientes, era completamente ajena al procedimiento establecido legal o convencionalmente para el caso y probar la vulneración directa y no a terceros, de los derechos fundamentales invocados. Finalmente, con respecto al defecto fáctico era necesario asegurarse igualmente, que la prueba omitida era determinante para la decisión final proferida en el laudo.

De esta forma, dado que en materia de arrendamiento de locales comerciales por un término inferior a dos años existe un vacío normativo en la legislación comercial que ha admitido interpretaciones disímiles tanto de la jurisprudencia como de la doctrina sobre las normas particularmente aplicables en tales circunstancias, la actuación de un árbitro acogiendo en particular una interpretación y no otra, no puede ser considerada en principio una vía de hecho. Lo mismo puede predicarse de la decisión de no decretar una prueba que no era determinante para establecer la naturaleza de un contrato que se estimó desde el principio de naturaleza civil, y de la decisión de no vincular a terceros en un proceso, cuando para la legislación civil subarrendar sin la anuencia del arrendador resulta claramente prohibido por la ley. (Artículo 2004 C.C.).”

- En la sentencia T-058 de 2009 esta Corporación decidió una solicitud de amparo promovida por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá en contra de un laudo arbitral que, en su criterio, contenía graves defectos orgánicos y sustantivos. Esta fue la primera oportunidad en que la Corte Constitucional dejó sin efectos un pronunciamiento judicial de tal naturaleza, luego de advertir que el panel de árbitros había efectivamente desconocido el derecho al debido proceso de la entidad reclamante.

En dicha oportunidad el debate estaba centrado alrededor de dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, se cuestionaba la competencia del Tribunal de Arbitramento para decidir la disputa, teniendo en cuenta que el contrato del cual emanaba el litigio contemplaba el agotamiento de ciertas etapas previas a su convocatoria y que había algunos actos administrativos que ya se habían pronunciado sobre la materia. En segundo lugar, la controversia se centraba en la forma de remuneración de algunos contratos de acceso, uso e interconexión de redes telefónicas celebrados entre la ETB y Telefónica Móviles Colombia S.A.

Atendiendo la primera de las cuestiones debatidas, la Corte encontró que los argumentos elaborados por el Tribunal de Arbitramento para declararse competente y de esa forma decidir la controversia, constituían graves defectos orgánicos, ya que desconocieron completamente la competencia privativa de la jurisdicción contencioso administrativa para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos³³.

Adicionalmente, en lo relativo con la existencia de un defecto sustantivo, la Corte encontró que el Tribunal de Arbitramento había realizado una aplicación inadecuada del denominado *principio de integralidad*, al emplearlo para hacer extensiva la misma forma de remuneración de algunos contratos de similar naturaleza celebrados por la E.T.B., al contrato materia del litigio. Esta Corporación concluyó que tal razonamiento constituía una vía de hecho, en tanto distorsionaba la voluntad de las partes involucradas en el negocio jurídico.

Posteriormente, en la sentencia T-790 de 2010 la Corte decidió una tutela promovida en contra de un Tribunal de Arbitramento en la que se alegaba la existencia de una vía de hecho por defecto sustantivo, al dejarse de declarar la

³³ “De lo anterior se desprende que el laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007 por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. se pronunció implícitamente sobre el alcance de los actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, pues con base en las pretensiones de Telefónica condenó a la E.T.B. a pagar “el valor establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de su propiedad, determinado en la resolución CRT- 463 de 2001 **“opción 1 cargos de acceso máximos por minuto”**”, a pesar de que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones había decidido que “TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001.” A juicio de esta Sala, es evidente que con esta actuación, el Tribunal de Arbitramento desbordó la competencia de la justicia arbitral por cuanto a ésta le está vedado pronunciarse sobre los actos administrativos proferidos por una autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones.”

prescripción extintiva respecto de algunas pretensiones relacionadas con un supuesto abuso del derecho. En dicha oportunidad este Tribunal concedió el amparo reclamado, luego de advertir que los árbitros habían efectuado un análisis manifiestamente equivocado de la ley sustancial, al haber entendido interrumpido el término de prescripción de una pretensión incluida en la reforma de la demanda, en la fecha de presentación del libelo inicial:

*“El tribunal de arbitramento consideró que la simple presentación de la demanda interrumpía la prescripción de pretensiones que incluso no habían sido presentadas en aquella, en abierto desconocimiento de los principios que rigen el procedimiento civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el punto. Así, a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla fue inaceptable por tratarse de una interpretación evidentemente irrazonable y contraria al debido proceso y el principio de lealtad procesal.”*³⁴

Del recuento jurisprudencial anteriormente reseñado, resulta indudable que, aún cuando los árbitros son por voluntad expresa de las partes los jueces naturales de la controversia, y en consecuencia gozan de un amplio margen de interpretación de la ley y de los hechos, pueden sin embargo incurrir en una vía de hecho por defecto sustantivo cuando sus interpretaciones de las cláusulas del contrato o de las disposiciones normativas pertinentes carezcan de cualquier sentido mínimo de razonabilidad y coherencia. Debe enfatizarse que, en virtud de los principios de voluntariedad y estabilidad jurídica de la justicia arbitral, la prosperidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales resulta marcadamente excepcional.

5. Vía de hecho por defecto fáctico en materia arbitral.

Al igual que como ocurre con el defecto sustantivo, el principio de estabilidad jurídica de los laudos arbitrales y el carácter restringido de las vías para controlarlos imponen que la procedencia de la acción de tutela para cuestionar la actividad probatoria de los árbitros esté sometida a la demostración de una auténtica vía de hecho, por haber realizado una apreciación de las pruebas caprichosa y carente de razonabilidad. En otras palabras, la vía de hecho por defecto fáctico o probatorio está dada solamente, en términos generales, en aquellas hipótesis en las cuales el panel de árbitros desconoce flagrantemente *“la realidad probatoria del proceso.”*³⁵

La valoración probatoria se considera arbitraria y abusiva y en consecuencia constitutiva de una vía de hecho, cuando (i) simplemente deja de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; (ii) excluye sin razones

³⁴ Sentencia T-790 de 2010.

³⁵ Sentencia T-311 de 2009.

justificadas una prueba de la misma relevancia, o (iii) la valoración del elemento probatorio decididamente se sale de los cauces racionales.³⁶

Esta Corporación, en las dos (2) decisiones que se han centrado en examinar la presencia de defectos probatorios o fácticos en materia arbitral, ha recalcado la necesidad de demostrar que la valoración del acervo probatorio realizada por los árbitros haya sido abiertamente irrazonable.

- En efecto, en la sentencia SU-058 de 2003 la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de evaluar – *in extenso* – la configuración de una vía de hecho por defecto fáctico, proveniente de la supuesta valoración manifiestamente defectuosa del acervo probatorio respecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales que habían suscitado la conformación del Tribunal. En este caso, la Corte precisó que el análisis de la conducta de los árbitros, antes que centrarse en la realización de un examen *de novo* del asunto materia de debate, debía partir de la interpretación y razonamiento efectuado por el Tribunal. De esta manera, esta Corporación aclaró que la acción de tutela no procede para establecer el alcance de las obligaciones contractuales objeto de la controversia, sino que se limita a examinar la constitucionalidad – desde el punto de vista de la doctrina de la vía de hecho – de la apreciación probatoria hecha por los árbitros.

Siguiendo los anteriores derroteros, este Tribunal encontró que la interpretación jurídica efectuada por los árbitros – al limitarse a interpretar el alcance de las obligaciones derivadas para las partes del contrato, en torno al cual giraba la controversia – no había sido abiertamente irrazonable, y en consecuencia, negó la tutela por considerar que no se había incurrido en vía de hecho por defecto fáctico.

- Posteriormente, en la sentencia T-311 de 2009, la Corte atendió una solicitud de tutela encaminada a dejar sin efectos un laudo arbitral que presuntamente había incurrido en un defecto fáctico, por no haber tenido en cuenta un sinnúmero de pruebas que, a juicio del peticionario, hubieran llevado necesariamente a una decisión diferente.

En dicha ocasión esta Corporación aplicó nuevamente el estándar de razonabilidad y objetividad de la decisión judicial para determinar si la apreciación probatoria de los árbitros era constitutiva de una vía de hecho; llegando a la conclusión de que aquella, lejos de desconocer la realidad del proceso, estaba debidamente soportada en las pruebas respecto de las cuales el accionante había expresado su falta de valoración. En palabras de la Corte:

“Para el análisis de la configuración del defecto fáctico es preciso recordar, que en armonía con el principio de competencia y autonomía de las autoridades judiciales, no le corresponde a la Corte Constitucional hacer una nueva valoración del acervo probatorio que

³⁶ *Ibíd.*

obra en el proceso sino definir si la actuación adelantada por el juez respecto de las pruebas aportadas fue arbitraria, caprichosa, ostensiblemente incorrecta o vulnera el derecho al debido proceso.

En tal sentido, la Corte observa que en ninguna de las apreciaciones realizadas por el Tribunal de Arbitramento se desconoció la realidad probatoria del proceso sobre la construcción de la bodega, la influencia del señor Jaime Cardona en La 14 y la vigencia del contrato. En efecto, la actuación del árbitro no fue caprichosa o arbitraria ni se prescindió del análisis de las declaraciones y testimonios resumidos, pues ellos justamente constituyen el soporte de las conclusiones del Tribunal en los aspectos previamente relacionados.”

De hecho, el árbitro no dejó de valorar los argumentos ni las pruebas practicadas ni estos constituyen elementos que hubieran conducido a una decisión diferente. Tampoco, puede endilgarse al Tribunal que desconoce los testimonios o declaraciones presentadas en cuanto en el laudo arbitral les otorgó las consecuencias jurídicas descritas: etapa precontractual, inexistencia de la representación aparente y duración del contrato conforme a la literalidad del mismo y a la confesión de la representante legal de la sociedad demandante.

De lo anterior, la Corte advierte que no se configuró un defecto fáctico en la valoración realizada por el árbitro en tanto no se dejó de valorar una prueba determinante para el caso ni se excluyeron pruebas relevantes sin justificación alguna y menos aún la evaluación probatoria puede considerarse por fuera de los cauces racionales.

Por consiguiente, en desarrollo de la competencia y autonomía propia del ejercicio de la actividad judicial la Corte concluye que no se ha presentado por parte del Tribunal de Arbitramento una valoración ostensiblemente incorrecta que estructure un defecto fáctico, que conlleve la vulneración del derecho al debido proceso.”³⁷

En consecuencia, no basta con que el panel arbitral haya dejado de valorar alguna prueba irrelevante, o que no se haya pronunciado sobre la totalidad de los elementos probatorios obrantes en el expediente. En realidad, para que se configure una vía de hecho por defecto fáctico, es indispensable que el error en la apreciación probatoria sea de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el Tribunal de Arbitramento. En igual sentido, es imprescindible que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, los árbitros hubieran adoptado una decisión completamente opuesta.

³⁷ Sentencia T-311 de 2009.

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos, la Sala pasará a examinar el asunto puesto a su consideración.

6. Análisis del caso concreto

Para la resolución del presente asunto la Sala examinará dos aspectos centrales a la luz de las reglas anteriormente reseñadas. En primer lugar, establecerá si la acción de tutela de la referencia es procedente, es decir, si el municipio accionante ha demostrado el cumplimiento de los requisitos antes explicados para la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Posteriormente, en caso de que la solicitud de amparo satisfaga dichas exigencias, determinará si el laudo arbitral acusado incurrió en una vía de hecho, atendiendo la naturaleza específica del arbitramento como mecanismo alternativo de solución de controversias.

6.1. Análisis de la procedibilidad de la acción de tutela.

En esta sección, la Corte estudiará si la acción de tutela objeto de revisión es procedente, al verificar (i) que los argumentos señalados por los accionantes contra el laudo arbitral censurado versan sobre lo que la Corte Constitucional ha denominado “vía de hecho” y (ii) frente a la cual los accionantes interpusieron oportunamente los recursos judiciales disponibles.

6.1.1. La entidad demandante presentó argumentos en contra del laudo arbitral cuestionado, que versan sobre la ocurrencia de una vía de hecho por defecto sustantivo y fáctico.

En primer lugar, y como bien se señaló en apartes anteriores, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela procede contra laudos arbitrales, única y exclusivamente cuando éstos incurren en una violación directa de un derecho fundamental constitutiva de vía de hecho, que no haya sido enmendada al resolver los recursos oportunamente interpuestos para controlar judicialmente el laudo.³⁸

De la lectura del escrito de tutela, la Sala observa que el municipio accionante acusa al Tribunal de Arbitramento de haber dejado de aplicar, sin justificación alguna, un sinnúmero de disposiciones normativas contables de carácter imperativo, las cuales señalaban la obligación de emplear el sistema de contabilidad de causación para efectos de determinar las pérdidas operativas de un ente económico. Adicionalmente, el Municipio de Turbo alegó que el Tribunal de Arbitramento desconoció flagrantemente la realidad probatoria del expediente, ya que declaró responsable a dicha entidad de no haber pagado oportunamente las “*pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador*”, sin tener en cuenta que el acervo probatorio, observado de manera integral y conjunta, apuntaba a una completa falta de certeza respecto de la existencia y el monto de dicha obligación, por existir – a su juicio – serias irregularidades en la contabilidad del sistema de acueducto de dicho

³⁸ Sentencias SU-174 y T-792 de 2007, T-408 y T-790 de 2010, entre otras.

municipio.

La supuesta inaplicación de normas de carácter imperativo alegada por la entidad accionante no es otra cosa que un cargo de vía de hecho por defecto sustantivo, por la presunta falta de aplicación de normas relevantes para la solución del caso.³⁹ A su turno, el supuesto desconocimiento de la realidad probatoria del expediente puede razonablemente entenderse como la supuesta existencia de una vía de hecho por defecto fáctico, por no haberse probado el hecho o la circunstancia que emerge clara y objetivamente de los elementos probatorios presentes en el caso.⁴⁰

De esta forma, la Sala encuentra satisfecho el requisito atinente a la presentación de argumentos que versen sobre la ocurrencia de una supuesta “vía de hecho.”

6.1.2. La entidad reclamante hizo uso oportuno de los mecanismos judiciales de defensa disponibles para conjurar las vías de hecho por defecto sustantivo y fáctico en que presuntamente incurrió el Tribunal de Arbitramento.

Tal como se explicó anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar la necesidad de agotar, atendiendo el carácter subsidiario de la acción de tutela, los mecanismos procesales de protección disponibles tanto en el trámite arbitral como ante la justicia estatal.⁴¹

Al respecto, la Sala observa que durante la totalidad del trámite arbitral, los apoderados del Municipio de Turbo argumentaron insistentemente que, para efectos de interpretar la expresión “*pérdidas operativas*” contenida en el parágrafo segundo de la cláusula quinta del contrato objeto de la presente controversia, debían atenderse obligatoriamente los mandatos contenidos en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, el Decreto 2649 de 1993 y las Resoluciones 1416 y 1417 de 1997 y 6572 de 2001 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, las cuales – en criterio del municipio – determinaban que el único sistema contable legalmente permitido en Colombia para establecer las pérdidas operativas de un ente económico era el de la contabilidad de causación. Así mismo, el Municipio de Turbo alegó reiteradamente, apoyándose en diversas pruebas practicadas a lo largo del debate procesal, que la contabilidad del sistema de acueducto, allegada oportunamente al expediente, no era confiable y en esa medida no era idónea para establecer no solamente el monto sino también la existencia de la obligación de pagar las “*pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador*.”⁴²

³⁹ Sentencia T-058 de 2009.

⁴⁰ Sentencia SU-058 de 2003.

⁴¹ Sentencias T-311 de 2009 y T-225 de 2010.

⁴² Así por ejemplo, respecto a la necesidad de interpretar la expresión “*pérdidas operativas*” en armonía con el imperativo legal de las entidades públicas de llevar su contabilidad mediante el sistema de causación, el Municipio de Turbo dedicó un capítulo entero de escrito de alegatos de conclusión (Folio 804 del cuaderno 3 de primera instancia).

Igualmente, en lo atinente a la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema de acueducto del Municipio de Turbo como prueba para determinar la existencia de las “*pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador*”, la entidad accionante puso de presente dicha circunstancia en su escrito de alegatos de conclusión.⁴³

De la revisión de la actuación del Municipio de Turbo durante el trámite arbitral se concluye que empleó adecuadamente, aunque sin éxito alguno, los mecanismos procesales disponibles en tal proceso y puso en conocimiento del Tribunal de Arbitramento los antecedentes de las vías de hecho por defecto sustantivo y probatorio que hoy alega en la acción de tutela de la referencia.

- En igual forma, la Sala encuentra que la entidad reclamante presentó recurso de anulación contra el laudo arbitral, por la supuesta falta de aplicación de las normas imperativas reseñadas previamente y por la presunta valoración manifiestamente defectuosa del material probatorio allegado al proceso. Para ello, el Municipio de Turbo invocó las causales 6ª, 8ª y 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, a saber: “*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho*”, “*Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*” y “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del tres (3) de diciembre de dos mil ocho (2008), declaró infundado el recurso respecto de las tres causales. Dicha autoridad judicial llegó a tal conclusión, luego de constatar que los yerros endilgados al laudo cuestionado correspondían en realidad a vicios *in judicando*, los cuales no era posible impugnar a través de dicho mecanismo de defensa.

En este contexto, la Corte encuentra que el Municipio de Turbo agotó de forma oportuna el recurso de anulación y que aquel fue ineficaz para conjurar la presunta violación al debido proceso que se alega, ya que como bien lo señaló el Consejo de Estado en el fallo que desató dicho recurso judicial, aquel no fue diseñado para cuestionar la valoración sustantiva y probatoria del Tribunal de Arbitramento. En consecuencia, la Sala concluye que la entidad peticionaria cumplió con la exigencia de hacer uso oportuno de los mecanismos judiciales de defensa disponibles para controlar judicialmente el laudo arbitral.

⁴³ Sobre el particular, en los alegatos de conclusión, el Municipio sostuvo: “*¿Se generaron pérdidas operativas? Se desconoce, porque la contabilidad como está llevada no es confiable como soporte para la determinación, además la metodología válida para su establecimiento es por causación, y las auditorías se hicieron por operaciones efectivas de caja, además como tantas veces se ha dicho no pueden determinarse hasta tanto no se realice la auditoría por causación y se descuenten las glosas y observaciones contempladas en las mismas*” (Folio 796 del cuaderno 3 de instancia).

- De otra parte, es pertinente señalar que este Tribunal ha establecido como requisito de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales el principio de inmediatez, el cual se traduce en el deber de solicitar el amparo constitucional tan pronto como sea posible, atendiendo las particularidades del hecho que genera la violación.⁴⁴ Es por ello que, como bien lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia constitucional, no existe un plazo objetivo para la interposición de la acción de tutela⁴⁵.

Ateniendo lo anterior, la Sala encuentra que los siete (7) meses transcurridos entre la fecha de expedición del fallo del Consejo de Estado que resolvió el recurso de anulación y el momento de presentación de la solicitud de amparo es un término razonable y oportuno que no pugna con el principio de inmediatez, ya que la complejidad técnica y jurídica del presente asunto demandaba un tiempo prudencial para el diseño y construcción de argumentos encaminados a la demostración de la existencia de una supuesta vía de hecho en el laudo arbitral objeto del presente trámite.

En conclusión, la solicitud de amparo de la referencia satisface la totalidad de los requisitos de procedibilidad antes explicados, por lo cual la Sala entrará a definir si se estructuraron los presuntos defectos sustantivos y fácticos que conllevaron la supuesta vulneración del derecho fundamental al debido proceso del Municipio de Turbo. Este Tribunal comparte la conclusión final del fallo del Consejo de Estado, por lo cual concentrará exclusivamente su atención en el laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008)

6.2. Examen de la presunta vía de hecho por defecto sustantivo.

6.2.1. La Sala examinará si el laudo arbitral censurado constituye, a la luz del recuento jurisprudencial antes efectuado, una *vía de hecho por defecto sustantivo*, por haberse dejado de aplicar, a juicio del reclamante, diversas normas imperativas contables relevantes para efectos de desentrañar el sentido de la expresión “*pérdidas operativas*” contenida en el parágrafo segundo de la cláusula quinta del contrato objeto de la disputa.

Concretamente, la entidad reclamante aduce que el Decreto 2649 de 1993, “*por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia*”, señala perentoriamente que las pérdidas operativas se “*obtienen únicamente del estado de resultados y siempre y cuando se haya verificado la causación de los hechos económicos.*”

Manifiesta que el laudo arbitral, al dejar de observar lo establecido en el mencionado decreto, “*se funda en normas y costumbres indiscutiblemente aplicables al caso concreto y corresponde a una interpretación que se hace*

⁴⁴ Sentencias T-680 de 2010, T-607 de 2008, T-825 de 2007, T-1009 de 2006, T-403 de 2005 y T-1089 de 2004, entre muchas otras.

⁴⁵ Sentencia T-1112 de 2008.

del contrato sin tener en cuenta disposiciones de carácter imperativo, de obligatoria observancia, muy por encima de las consideraciones prácticas establecidas por los contratantes, o de hábitos que se hayan podido adoptar, por vulnerar abiertamente el orden legal.”

6.2.2. Para hacer más fácil el entendimiento del defecto sustantivo endilgado por la entidad reclamante, es necesario hacer referencia a la trascendencia que la interpretación del parágrafo segundo de la cláusula quinta del contrato objeto de la controversia tenía para el resultado del proceso.

Conhydra S.A. ESP, parte convocante dentro del trámite que culminó en el laudo arbitral censurado por vía de tutela, solicitó ante el panel de árbitros que se declarara que el Municipio de Turbo había incumplido con sus obligaciones dentro del contrato para la operación, mantenimiento y administración del sistema de acueducto del Municipio de Turbo, específicamente aquella relativa al pago de las *“pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador”*, consignada en el parágrafo 2º de la cláusula 5ª de dicho acuerdo.

La entidad aseveró que las *“pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador”*, por mutuo acuerdo de las partes, serían calculadas a partir de auditorías financieras que determinarían el *“déficit”* mensual generado por el sistema de acueducto. De acuerdo a Conhydra S.A. ESP, tal *“déficit”* se calculaba mes a mes mediante *“operaciones efectivas de caja”*, las cuales estaban basadas en el sistema de contabilidad que su nombre indica.

El Municipio de Turbo, por su parte, adujo que dichas *“pérdidas operativas”* por imperativo legal, solo podían calcularse a partir de operaciones que se fundamentaran en el *“sistema de contabilidad de causación”*. De esa forma, señaló que las *“auditorías financieras”* allegadas por la parte convocante carecían de idoneidad para calcular el rubro pactado en la cláusula quinta del contrato.

6.2.3. El Tribunal de Arbitramento, con el fin de interpretar la cláusula anteriormente mencionada, acudió a los criterios de hermenéutica contractual señalados en la legislación civil (Arts. 28, 29, 1618 y 1622 del Código Civil), para realizar las siguientes consideraciones:

“La pretensión de la parte demandante, a la cual se opone la demandada, consiste en que se declare que el Municipio de Turbo y/o Aguas de Urabá S.A ESP son responsables por no haberle pagado las pérdidas operativas generadas mensualmente en desarrollo del contrato, desde el primero (1) de enero de dos mil (2000), hasta el treinta (30) de junio de dos mil seis (2006), y las pérdidas operativas que se causen durante el desarrollo del proceso arbitral. El precepto del contrato en que subyace en abstracto la obligación de pago alude, primeramente, a pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador, y se refiere

en la parte final al establecimiento de déficit.” (Subrayado fuera de texto)

“No se fijó por parte alguna, a lo largo del contrato, el alcance del concepto de pérdidas operativas, ni se hizo mención de ningún hecho o conjunto de situaciones que permitieran calificar un caso dado como imputable o no imputable al operador.”

“Si las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural y obvio, de acuerdo con la significación propia que ellas tienen en el lenguaje, a menos que la propia norma indique un significado preciso diferente o el vocablo lo tenga en una ciencia o arte, de igual modo corresponde entender respecto del contrato, que al fin y al cabo es norma individual, las palabras utilizadas en él.”

“Varias acepciones tiene, en primer lugar, el concepto de pérdida:

De lat. Tardío perdita, pérdida). f. Carencia, privación de lo que se poseía. 2. Daño o menoscabo que se recibe en algo. 3. Cantidad o cosa perdida. 4. Billa limpia. Estar, or ir, a ~ s y ganancias. Frs. Exponer en compañía de otros una cantidad de dinero, llevando parte en el menoscabo o utilidad que resulte. No tener ~ algo. Fr. Coloq. Ser fácil de hallar.”

“Operativo u operativa, a su vez, es un adjetivo “que obra o hace su efecto” o “preparado o listo para ser utilizado o para entrar en acción” y, en fin, tiene que ver con el SISTEMA.

“Trayendo lo simple al caso, sin duda la pérdida operativa es, en el contrato de autos, entonces, el daño, la cantidad menor, por ser mayores los egresos que los ingresos en la operación propia del sistema de acueducto. Pérdida y déficit serán, pues, equivalentes.” (Subrayado fuera de texto)

“La disputa en el presente proceso, no obstante, no ha girado sobre la mera significación de lo que es la pérdida, sino alrededor del procedimiento para establecerla, a la luz de principios y reglas contables, a saber, si para llegar a conocer si hubo déficit debe ponerse en movimiento el método de causación, o si para ese propósito debe emplearse el método de caja.”

“Los testigos que a instancias del municipio de Turbo rindieron su declaración en el proceso, apuntan al primero de los planteamientos. Insistentemente dejaron expuesto que no podía acudir a otro camino y que, en el manejo contable del sistema de acueducto, en general, desde algunos años atrás, las intervenciones de auditorías de distinta naturaleza, así lo impusieron.”

“Otra cosa aparece de las versiones arrojadas al plenario por cuenta de deponentes citados por la parte actora principal. En su criterio, y afirmando que así se obró cuando el dueño del sistema era Acuantioquia, sólo mediante el procedimiento de caja podría descubrirse la pérdida de la operación misma, por muchas razones, inclusive prácticas, propias del sistema, como la imposibilidad de unificar en el tiempo la facturación del servicio.”

Posteriormente, el panel de árbitros revisó los antecedentes de la celebración del contrato y para tal efecto, se valió de la declaración del testigo Jorge Alberto Uribe Velásquez, quien fungía como gerente general de Acuantioquia para el momento de celebración de dicho negocio jurídico. El señor Uribe Velásquez señaló que el acuerdo en torno al cual giraba la controversia había sido diseñado con el objetivo de que la entidad contratante reconociera los “déficit operacionales” al contratista, hasta que se hicieran inversiones en el sistema de acueducto y se cumpliera con el objetivo de garantizar una óptima prestación del servicio público.⁴⁶ En ese sentido, el Tribunal de Arbitramento encontró que las partes habían empleado la expresión “pérdidas operativas” de manera inapropiada, toda vez que las circunstancias que rodearon el perfeccionamiento de dicho acuerdo apuntaban inequívocamente a que las partes no estaban haciendo alusión al concepto contable relacionado con los sistemas de contabilidad de causación, sino al simple deseo de reconocer aquel “déficit” en la caja del sistema de acueducto que no fuera imputable al operador. Bajo los anteriores hallazgos, el Tribunal concluyó lo siguiente:

“Queda evidente, así, que en la formación del contrato hubo una clara idea de las partes de que existía nexo – y ello se observa en el documento del contrato – entre la realización de inversiones en el sistema para que no fuera deficitario, y el reconocimiento de pérdidas al operador contratado mientras las inversiones no se efectuaran.”

“Luego el asunto concernía, y deberá entenderse en ese sentido, al rendimiento del sistema, ligado en sus posibilidades a las inversiones en el mismo. Y ese rendimiento no podía considerarse que fuera el propio de las aplicaciones contables estrictas, como sí el relacionado con los recaudos como tales de la operación del acueducto.” (Subrayado fuera de texto)

“La exclusión de las inversiones a cargo del operador, de otro lado, sirve para identificar la base del concepto de imputabilidad: no alcanzar

⁴⁶ “En la esencia lo que quedó fue esto, era que eran unos contratos a quince años donde el gobierno, Acuantioquia y el gobierno departamental se comprometían a hacer las inversiones, y como ellos eran conscientes (nunca se discutió que habían unos déficit operacionales) nos reconocerían los déficit operacionales hasta que se hicieran esas inversiones y los resultados se vieran, y se pudiese conectar la gente.” (Folio 36 del Laudo Arbitral del 13 de febrero de 2008)

utilidades, efectuadas las inversiones, sería un hecho atribuible al operador. Pero sin esas inversiones, y siendo deficitario el sistema desde su inicio, no puede comprenderse que el operador hubiera contratado para soportar las pérdidas.”

“En síntesis: El Tribunal interpreta que las pérdidas operativas serán de la especie imputables al operador cuando el sistema, pudiendo producir excedentes, no los produzca, suponiéndose en este sentido que tal hecho es resultado de la gestión del operador. Si, en cambio, las condiciones del sistema no permiten que la gestión misma sea fuente de excedentes, las pérdidas que ocurran no se pueden imputar al operador.”

Seguidamente, el Tribunal de Arbitramento abordó la problemática relacionada con cuál era el sistema contable idóneo y legalmente permitido para establecer las denominadas “*pérdidas operativas*” a que hacía alusión la cláusula quinta del contrato. Los árbitros, luego de revisar la normatividad contable, concluyeron que sí bien aquella obligaba a las personas jurídicas a llevar su contabilidad mediante el sistema de causación, guardaba silencio respecto del sistema que se debía emplear para el cálculo de las “*pérdidas operativas*”⁴⁷.

6.2.4. Como se sostuvo en apartes anteriores de esta providencia, la Corte Constitucional ha señalado reiteradamente que la configuración de una vía de hecho por defecto sustantivo fundada en la falta de aplicación de una norma es realmente excepcional, en la medida en que se requiere demostrar de manera *fehaciente* e *incontrovertible* que la decisión judicial reprochada, en

⁴⁷ “Mucho se debatió en el proceso si el método de operaciones efectivas de caja sería el adecuado para la determinación de las pérdidas operativas. La misma parte convocada, a la hora de los alegatos, arrimó con éstos varios conceptos técnicos orientados a sustentar su planteamiento, relativo a que debía acudirse al método de causación para poder fijar el monto de aquellas pérdidas.

“Tanto las experticias practicadas como los conceptos técnicos que acaban de enunciarse, permiten al Tribunal asegurar que la recta comprensión del problema sometido a su decisión debe ser visualizada con la diferenciación de dos aspectos concretos, a saber: cuál es el método de contabilidad que **debe** emplearse para registrar los movimientos de ingresos y egresos del sistema de acueducto; y cuál es el método que **puede utilizarse, con sujeción al contrato**, para saber el monto de las pérdidas operativas.” (Resaltado original)

“Para el Tribunal el hecho de que la contabilidad debe ajustarse al método de causación, no excluye que el método de operaciones efectivas de caja, por no existir otro que sea imperativo, sea el instrumento para definir, en forma real, si se presentan excedentes o pérdidas en la operación.” (Subrayado fuera de texto)

“Es que en el contrato, debe repetirse, no se impuso un método concreto, como tampoco la ley ordena alguno para esa finalidad. En cambio, ponderada la ejecución práctica del contrato por los contratantes, según la prueba recaudada, es claro que el método de operaciones efectivas de caja es el apropiado para saber la cuantía de las pérdidas operativas que sufrió el operador.”

“Documentos que reposan en el plenario, como el aportado por el testigo común JORGE ALBERTO CÁRDENAS RODRÍGUEZ quien se desempeñó como auditor externo del sistema de acueducto de Turbo, corroboran la conclusión del Tribunal. Precisamente, en ese documento, el gerente liquidador de Acuantioquia S.A. ESP le ratifica al gerente de Conhydra S.A. ESP el procedimiento para llegar a las pérdidas operativas, al decirle: “Como es de su conocimiento los procedimientos para llegar a las pérdidas operativas, ya estaban preestablecidas en la primera reunión efectuada con la contadora Beatriz Elena Restrepo y con la señora Doris Posada, donde se definió que sería sobre operaciones efectivas de caja, lo cual también había sido corroborado con el trabajo realizado por el señor Oscar Rincón funcionario de la Unidad del Agua. (...)” (Folio 1794 del cuaderno No. 5)”

“Esto evidencia que para conocer el monto de las pérdidas operativas, o déficits operativos, se debe acudir a la comparación de los ingresos del sistema con los egresos del mismo, en otras palabras, al método de caja.”

“A la misma conclusión se arriba si se considera la prueba pericial, tanto la inicial como la rendida por el segundo perito.”

razón de tal circunstancia, se torna manifiestamente irrazonable y contraria al orden jurídico.⁴⁸

Observando las consideraciones realizadas por el Tribunal de Arbitramento con el fin de dilucidar el alcance de la expresión “*pérdidas operativas*” consignada en la cláusula quinta del contrato objeto de la disputa y la forma adecuada para contabilizarlas, la Sala encuentra que la autoridad judicial accionada hizo uso de las herramientas de interpretación contractual establecidas en la ley civil, en especial, los criterios de interpretación literal (Arts. 27 y 28 C.C.), teleológica, histórica y sistemática (Art. 1622 C.C.) y concluyó que, (i) del equívoco texto de la cláusula y (ii) de los antecedentes de la celebración del contrato, la intención de los contratantes consistió en realidad en reconocer al operador del sistema de acueducto un “*déficit*”, el cual, ante la ausencia de prohibición legal, podía determinarse a través del sistema contable de caja.

6.2.5. La Sala considera que los hallazgos del Tribunal de Arbitramento son razonables y están fundamentados en un entendimiento adecuado de la cláusula objeto de controversia y de las disposiciones sustantivas relevantes para interpretarla.

En primer lugar, es indispensable enfatizar que el Tribunal de Arbitramento encontró que la misma cláusula quinta era ambigua⁴⁹, ya que empleaba las expresiones “*pérdidas operativas*” y “*déficit*” indistintamente, a pesar de que tales conceptos tienen significados distintos en la ciencia contable⁵⁰. Dicha incertidumbre en la naturaleza del rubro contractualmente pactado hacía imposible que los árbitros acogieran el significado del concepto “*pérdidas operativas*”, tal como se deduce del Decreto 2649 de 1993, so pena de desconocer que la misma cláusula hablaba de “*déficit*” en apartes posteriores, con la contradicción que aquello entrañaba. Es por ello que los árbitros, aplicando rectamente el criterio de la prevalencia de la intención de las partes (Art. 1618 del Código Civil) descartaron limitarse a lo literal de las palabras y, optaron por auscultar en los antecedentes de la celebración del contrato (interpretación histórica) y en su ejecución práctica para esclarecer a qué realmente se habían comprometido en virtud de dicha cláusula (interpretación teleológica).

⁴⁸ Sentencia T-204 de 2009.

⁴⁹ La cláusula objeto de la controversia señala lo siguiente:

PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de que se presenten pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador, ACUANTIOQUIA E.S.P. las enjugará durante los diez primeros días del período siguiente y en todo caso, ACUANTIOQUIA E.S.P. tramitará las modificaciones tarifarias o los subsidios oficiales que permitan enjugarla o permitirá que el operador tramite los reajustes tarifarios. De no ser esto posible dentro de los tres (3) meses siguientes al establecimiento del déficit, se suspenderá el contrato, si así lo solicita el operador, por el término necesario para lograr el equilibrio financiero del sistema. Si la suspensión del contrato dura más de tres (3) meses, el operador podrá provocar la terminación del contrato, dándole aviso por escrito a ACUANTIOQUIA E.S.P., sin perjuicio de la obligación de ACUANTIOQUIA de resarcir al operador el déficit y las deudas a su cargo, dentro de los tres (3) meses siguientes a la terminación del contrato, con los intereses de rigor.

⁵⁰ “El precepto del contrato en que subyace en abstracto la obligación de pago alude, primeramente, a pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador, y se refiere en la parte final al establecimiento de déficit.” (Folio 32 del Laudo Arbitral del 13 de febrero de 2008)

Si bien resulta indiscutible que la expresión “*pérdidas operativas*” tiene una naturaleza contable y que en consecuencia debía tomarse “*en el sentido que le den los que profesan la misma ciencia o arte*”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Código Civil, no puede olvidarse que la palabra “*déficit*”, que también estaba consignada en dicha cláusula, tiene un significado diametralmente opuesto en tal ciencia⁵¹. En consecuencia, optar por una u otra definición, sin acudir a ningún otro criterio de interpretación contractual adicional, hubiera desconocido flagrantemente la verdadera intención de las partes en dicho contrato.

No es arbitrario ni irrazonable sostener, como en efecto lo hicieron los árbitros, que al existir tan poca claridad respecto de cuál de los dos rubros contables era el que se debía reconocer, se tuviera que acudir a la historia y *praxis* contractual, la cual sugería que aquellas en realidad se refirieron a un déficit de caja. Cosa distinta hubiera sido si, existiendo absoluta certeza en el texto de que el compromiso contractual radicaba en el pago de las “*pérdidas operativas*” no imputables a la gestión del operador, entendidas a la luz de lo dispuesto en las normas contables, el Tribunal de Arbitramento hubiera concluido que los contratantes quisieron reconocer un “*déficit*” de caja.

La poca claridad de la cláusula objeto del debate arbitral no dejó otra alternativa a la autoridad judicial accionada que acudir a las pruebas obrantes en el plenario para esclarecer cuál era el concepto realmente pactado. Para ello, los árbitros dieron crédito a los testimonios recepcionados durante el proceso, para entender que el concepto de “*pérdidas operativas*”, según la real intención de las partes, correspondía verdaderamente a un “*déficit de caja*”, el cual debía establecerse a través de operaciones efectivas de esa estirpe.⁵²

⁵¹ La señora Claudia Patricia Olarte Betancur rindió la siguiente declaración sobre la diferencia entre los conceptos de “*pérdidas operativas*” y “*déficit*” durante el trámite arbitral:

“(…) el estado de resultados me da un excedente o pérdida operativa que me muestra la gestión de la empresa; en cambio el déficit de caja o el déficit en el flujo de caja, que es un estado financiero diferente, con un fin diferente (porque me muestra el movimiento de efectivo, no más, el flujo de efectivo o el excedente o pérdida de caja), el déficit o excedente de caja es el que me muestra el resultado de los ingresos y de los gastos efectivamente pagados, movimiento de efectivo, cómo fue su gestión en el manejo de la plata; en cambio el estado de resultados me dice cómo fue su gestión administrativa, si usted es administrador bueno o malo y cómo le va en el desarrollo de la actividad de la empresa; si usted tiene una misión, desarróllala, adminístrela, cualquier tipo de empresa y con base en eso yo, contador, me fijo sí de acuerdo a la misión, si de acuerdo a lo que tengo como misión de entidad y hacia la visión que me proyecto, me estoy gastando la plata hacia allá y estoy recibiendo ingresos por el servicio que estoy diciendo que presto a la comunidad. O sea que es una cosa directa con la misión y con la operación del sistema.” (Folios 1008 y 1009 del cuaderno 4 del Tribunal de Arbitramento)

⁵² El señor Jorge Alberto Cárdenas Rodríguez, auditor externo del sistema de acueducto, declaró lo siguiente: “Como es de su conocimiento los procedimientos para llegar a las *pérdidas operativas*, ya estaban preestablecidas en la primera reunión efectuada con la contadora Beatriz Helena Restrepo y con la señora Doris Posada, donde se definió que sería sobre operaciones efectivas de caja, lo cual había sido corroborado con el trabajo realizado por el señor Oscar Rincón funcionario de la Unidad del Agua” (Subrayado fuera de texto)

En igual sentido, el señor Jorge Alberto Uribe Velásquez, gerente general de Acuantioquia, realizó la siguiente afirmación:

“En la esencia lo que quedó fue esto, era que eran unos contratos a quince años donde el gobierno, Acuantioquia y el gobierno departamental se comprometían a hacer las inversiones, y como ellos eran conscientes (nunca se discutió que habían unos déficit operacionales) nos reconocerían los déficit”

Asimismo, los árbitros observaron que, desde el proceso de licitación que culminó en el contrato objeto de la controversia, el pliego de condiciones y la propuesta económica y financiera del a la postre contratista, hablaban de “*flujos de caja*”, lo cual sugería que lo que se pretendió reconocer fue justamente ese desbalance entre los egresos e ingresos que reportara la caja del sistema de acueducto.

Ahora bien, como oportunamente lo adujo el Tribunal de Arbitramento, el Decreto 2649 de 1993 y las Resoluciones 1416 y 1417 de 1997 y 6572 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, nada dicen sobre el imperativo de calcular las denominadas “*pérdidas operativas*” a la luz del sistema de contabilidad de causación. Por el contrario, dicha normativa se limita a establecer que las empresas prestadoras de servicios públicos deben llevar su contabilidad, con el fin de presentar la información a terceros, de conformidad con dicho sistema.⁵³

Así, no fue caprichosa la distinción que realizó el Tribunal de Arbitramento entre el imperativo legal de llevar la contabilidad de un ente económico conforme al sistema de causación, y la necesidad de emplear dicho sistema para calcular el monto de un rubro al cual las partes le dieron el nombre de “*pérdidas operativas*” y “*déficit*” simultáneamente.

6.2.6. En ese sentido, no puede endilgarse la existencia de una vía de hecho por defecto sustantivo en el laudo arbitral por haber dejado de aplicar el Decreto 2649 de 1993 y demás normas contables vigentes, con el fin de interpretar la expresión “*pérdidas operativas*” contenida en la cláusula quinta del contrato ya que (i) el texto mismo de la disposición contractual no era unívoco en señalar que el operador debía reconocer “*pérdidas operativas*”, en el sentido que se han entendido por la ciencia contable; (ii) al existir incertidumbre sobre la naturaleza del rubro que se pretendió pactar, el Tribunal de Arbitramento indagó la historia y ejecución práctica del acuerdo y encontró que aquellas en realidad buscaron reconocer el “*déficit*” que existiera en el sistema de recaudo del acueducto.

En consecuencia, y con independencia que la Corte Constitucional avale la anterior interpretación de dicha cláusula, no se encuentra un actuar desbordado de los cauces racionales en las consideraciones del Tribunal de Arbitramento, por lo cual se descarta la existencia de una vía de hecho por defecto sustantivo.

operacionales hasta que se hicieran esas inversiones y los resultados se vieran, y se pudiese conectar la gente.” (Subrayado fuera de texto)

⁵³ El artículo 48 del Decreto 2649 de 1993 establece la obligatoriedad de la contabilidad de causación o por acumulación para las personas jurídicas de la siguiente forma: “*Los hechos económicos deben ser reconocidos en el período en el cual se realicen y no solamente cuando sea recibido o pagado el efectivo o su equivalente.*”

6.3. Examen de la presunta vía de hecho por defecto fáctico.

6.3.1. El Municipio de Turbo acusa al Tribunal de Arbitramento de haber incurrido en una vía de hecho por defecto fáctico, al haber: (i) realizado una interpretación contraevidente de las pruebas a su disposición y de esa forma haber concluido, a partir de los dictámenes periciales obrantes en el expediente, que la contabilidad del sistema de acueducto del Municipio de Turbo era confiable y podía usarse para condenar a la parte accionante al pago de las “*pérdidas operativas*” no imputables a la gestión del operador; y (ii) haber dejado de apreciar injustificadamente algunas pruebas que señalaban la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema de acueducto.

De una parte, manifiesta que el Tribunal de Arbitramento omitió realizar una interpretación sistemática e integral de las pruebas del plenario y en especial de la prueba pericial decretada con el fin de establecer el monto de las “*pérdidas operativas*”. A su juicio, la perita que elaboró dicho elemento de convicción, luego de examinar la contabilidad del sistema, las “*auditorías financieras*” allegadas por la parte convocante y demás documentos contables aportados al expediente arbitral, llegó a la conclusión de que la contabilidad del sistema de acueducto no era confiable y en consecuencia no era posible usarla para calcular el monto de las “*pérdidas operativas*”. No obstante aquello, refiere que los árbitros desatendieron flagrantemente tal consideración, dándole carácter de plena prueba a los asientos contables del sistema de acueducto y condenó al municipio al pago de un rubro que carece absolutamente de sustento probatorio.

Por otro lado, aduce que el Tribunal de Arbitramento omitió injustificadamente la valoración de las siguientes pruebas:

- Levantamiento contable (Folios 36 a 144 del cuaderno 2 de primera instancia)
- Las glosas y observaciones de las “*auditorías financieras*” (Cuadernos 8 y 9 del expediente del Tribunal de Arbitramento)
- Los procesos de responsabilidad fiscal de Conhydra S.A. ESP (Folios 377 a 479 del cuaderno 2 del expediente del Tribunal de Arbitramento)

Agrega que los referidos elementos de convicción daban cuenta de la negligencia de Conhydra S.A. ESP en la ejecución del contrato y en llevar su contabilidad conforme a las normas legales, lo cual se tradujo, a juicio del demandante, en la imposibilidad de determinar las “*pérdidas operativas*” no imputables a su gestión.

6.3.2. La Sala recuerda que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que para la configuración de una vía de hecho por defecto fáctico por defectuosa valoración probatoria se requiere que el análisis de los

elementos de convicción obrantes en el expediente haya sido manifiestamente arbitrario.⁵⁴

Para este Tribunal, no basta con que se alegue que el conjunto de las pruebas pudieron haber sido valoradas de una forma diferente, sino que es indispensable que se demuestre que la interpretación realizada por el fallador adolece de un error que sea “*ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia*”⁵⁵ La necesidad que el defecto fáctico trascienda más allá de la diferencia de criterios en la interpretación de las pruebas estriba en el hecho que las autoridades judiciales gozan, en virtud de la regla de la sana crítica (Art. 187 CPC) y los principios de autonomía e independencia judicial (Art. 230 Const.), de un razonable margen para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convicción.⁵⁶

6.3.3. En esencia, la censura formulada por el Municipio de Turbo se refiere a la supuesta valoración “*manifiestamente*” defectuosa de las pruebas practicadas durante el trámite arbitral, de las cuales se valió el Tribunal de Arbitramento para condenarlo al pago de las “*pérdidas operativas*” no imputables a la gestión del operador.

Para examinar la configuración de este defecto la Sala considera pertinente primero recordar el debate probatorio surtido a lo largo del trámite arbitral y las conclusiones a las cuales llegó el Tribunal de Arbitramento accionado.

- Conhydra S.A. ESP solicitó que se decretara la práctica de una prueba pericial, con el objeto de determinar el estado del sistema de contabilidad del Municipio de Turbo y la confiabilidad de las “*auditorías financieras*” presentadas por la primera, como fundamento para el cálculo de las “*pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador*”.
- El Tribunal de Arbitramento, mediante Auto del diez (10) de julio de dos mil siete (2007), decretó la práctica de dicha prueba.
- La perita rindió su experticia el diez (10) de agosto de dos mil siete (2007) y puso de presente la existencia de serias irregularidades en la contabilidad del sistema de acueducto que hacían imposible el cálculo de las “*pérdidas operativas*”, al conceptuar lo siguiente:

“Verificadas las auditorías financieras y de gestión y resultados puedo opinar que contienen un análisis válido y que las cifras con las que

⁵⁴ Sentencias T-033 de 2010, T-537 de 2009, T-1065 de 2006, entre otras.

⁵⁵ Sentencias T-604 de 2009, T-1100 de 2008, T-458 de 2007 y T-442 de 1994, entre otras.

⁵⁶ Sentencias T-249 de 2009.

fueron elaboradas son ciertas, pues son extraídas de la contabilidad del sistema y soportes contables, excepto porque se tiene en cuenta auditoría financiera, el cálculo de la retribución que no ha representado un movimiento de caja.

“Es de anotar que la determinación de las pérdidas no imputables a la gestión del operador, no es posible certificarlas: por la cantidad de glosas y observaciones realizadas por los auditores y adicionalmente porque no es materia de la perito (sic) contable evaluar si son imputables o no a la gestión del operador.”

“Además, debe concretarse cuál es el sistema para determinar las pérdidas operativas, si el sistema de caja o causación.”

“Después de analizar el manejo contable efectuado por el operador, considero que la contabilidad no refleja la situación real del sistema por no manejarse el sistema de causación en su totalidad; la mayoría de las glosas no han sido descontadas de la contabilidad; se presentan ingresos negativos por ajustes, los ingresos se contabilizan por el valor neto (ingresos menos devoluciones y descuentos); se omite el manejo de las cuentas de orden para la cartera provisionada e inversiones; se efectúan registros contables que no son técnicos, no se efectuó el corte contable con Acuantioquia.”

“La contabilidad permite identificar, medir, clasificar, registrar, interpretar, analizar, evaluar e informar las operaciones de un ente económico en forma clara, completa y fidedigna; bajo estos parámetros se puede conocer la realidad económica o situación real financiera de una entidad.”

“Como perito (sic) contable no puedo dictaminar si las pérdidas son imputables o no a la gestión del operador.”

“En general puedo certificar que la contabilidad del Sistema de Turbo es llevada de acuerdo con las normas técnicas contables, excepto por:

- *Existen deficiencias en el manejo de causación en vista de que la retribución, suma que es representativa no se causa mes a mes y el pasivo con Acuantioquia.*
- *Los ingresos son contabilizados por el valor neto, por lo tanto no se maneja la cuenta de devoluciones y descuentos.*
- *Las cuentas de orden por la cartera dada de baja e inversiones, no se contabilizan de acuerdo con lo establecido en el PUC de servicios públicos.*
- *No se clasifica como activo no corriente la cartera morosa.*
- *El registro no ortodoxo de la cartera dada de baja a diciembre 31 de 2002.*

- El no registrar el valor de las glosas efectuadas por los auditores.” (Subrayado fuera de texto)

- Inconformes con las conclusiones consignadas en dicha prueba, ambas partes solicitaron la aclaración y complementación del dictamen. La experta presentó respuesta a dichas solicitudes mediante escrito del veintinueve (29) de septiembre de dos mil siete (2007). En aquella oportunidad, la perita corroboró los anteriores hallazgos respecto de la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema de acueducto como fundamento para la determinación de las “pérdidas operativas”, al responder lo siguiente:

“2.17. Luego de hacer las respectivas y complementaciones que individualmente en esta solicitud se hacen sobre glosas, ingresos negativos, cuentas de orden, corte contable con Acuantioquia, se servirá en consecuencia hacer la respectiva aclaración sobre la conclusión inicial que detalla en el inicio de la respuesta a la pregunta 2.7 del dictamen pericial (página 23 del dictamen).”

“El hecho de que algunos registros no técnicos no afecten el resultado final de las operaciones del sistema, no son justificación para decir que la contabilidad se lleva en debida forma.” (Subrayado fuera de texto)

“Ahora bien, continúo opinando que la contabilidad del sistema no refleja la situación real financiera por los siguientes motivos:

- *La no causación de la retribución. Se muestra un menor valor en los pasivos y los gastos no reflejan la situación real.*
- *La no contabilización del pasivo con Acuantioquia crea una incertidumbre ya que se pueden haber dejado de registrar costos y gastos o los ingresos pueden estar disminuidos.*
- *En informes de auditoría se manifiesta que se ha dejado de facturar valores significativos.*
- *Existen igualmente en los informes de auditoría observaciones sobre algunos traslados de dinero cuyo soporte no está a satisfacción de la auditoría.”* (Subrayado fuera de texto)

Seguidamente, la perita hizo un estimativo del monto de las “pérdidas operativas”, advirtiendo tajantemente su carácter meramente ilustrativo y enfatizando que, debido a las irregularidades previamente reseñadas, no podía asegurar que el resultado fuera confiable, al expresar:

“He determinado los déficit tanto por el sistema de causación, como por el de caja pues considero que sólo al Honorable Tribunal corresponde definir el sistema para su determinación de acuerdo con el contrato celebrado.”

“Las cifras finales que resultan en cada operación de caja y causación, son el reflejo de la información extractada de las auditorías financieras

y contabilidad del operador, por lo tanto y debido a tantos interrogantes no resueltos (ingresos por facturar, gastos no inherentes al sistema, etc) no puedo asegurar que éstos resultados sean confiables.”

“Esta última afirmación inclusive se encuentra plasmada por los auditores al quedar pendientes tantos interrogantes.” (Subrayado fuera de texto)

- Posteriormente, el Municipio de Turbo censuró por error grave el dictamen pericial y su correspondiente escrito de aclaraciones y complementaciones, por considerar que los hallazgos de la perita no se compadecían con las conclusiones a las cuales había llegado. Específicamente, la entidad reclamante adujo que era manifiestamente ilógico que la auxiliar de la justicia hubiera encontrado que (i) la contabilidad del sistema de acueducto del Municipio de Turbo carecía de confiabilidad, (ii) era imposible determinar el monto de las “*pérdidas operativas*” y, aun así, (iii) las hubiera calculado.
- Con el fin de obtener elementos de juicio para resolver la objeción por error grave, el Tribunal de Arbitramento decretó la práctica de otro dictamen pericial, el cual fue rendido el diecinueve (19) de noviembre de dos mil siete (2007). Allí, el auxiliar de la justicia sostuvo que, no obstante las inconsistencias advertidas en la contabilidad del sistema de acueducto, aquella se llevaba conforme a las reglas y principios contables y, en consecuencia, podía usarse para calcular las “*pérdidas operativas*” no imputables a la gestión del operador. Sostuvo al respecto:

“De otro lado, en el escrito de objeciones por parte del convocado se hace énfasis en el aspecto cualitativo de la contabilidad y se afirma que esta carece de bases confiables, la contabilidad de un ente puede tener salvamento respecto de ciertas cuentas, ya sean estas de balance o de resultado y aún así seguir siendo confiable, la condición para esto es que se conserven los principios y normas de contabilidad vigentes, y que aquellas cuentas que son objeto de cuestionamiento, no afecten en forma significativa la realidad económica de la empresa, este riesgo disminuye si dichos factores de desperfecto están identificados y valorados, estando así el usuario en capacidad de establecer la realidad económica del ente. Por estas razones, no todos los errores, omisiones o desaciertos contables, vician la validez de la contabilidad como prueba; en este punto fue reiterada la perito (sic) en asegurar que la contabilidad cumplía con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, y en consecuencia, dio valor probatorio a la misma teniendo en cuenta las salvedades descritas en su informe y las cuales tuvo en cuenta para la valoración, los informes de auditoría tampoco desvaloran la contabilidad, aunque glosen ciertas partidas que consideran pertinente que sean objeto de discusión entre las partes.” (Subrayado fuera de texto)

Así, a pesar que el segundo dictamen pericial precisó en términos generales y abstractos los criterios para determinar la confiabilidad de un determinado sistema contable, no realizó pronunciamiento alguno sobre el carácter estimativo del cálculo de las pérdidas operativas realizado en la primera experticia.

- Insatisfecho con los resultados de la peritación, el Municipio de Turbo solicitó la aclaración y complementación del dictamen, lo cual fue resuelto en audiencia del cinco (5) de diciembre del dos mil siete (2007).
- En el laudo reprochado, el Tribunal de Arbitramento resolvió la objeción por error grave de manera desfavorable a los intereses del Municipio de Turbo, luego de encontrar que las irregularidades aducidas carecían de la suficiente magnitud para hacerla irrazonable y contraria a la realidad:

“De otro lado, en el escrito de objeciones por parte del convocado se hace énfasis en el aspecto cualitativo de la contabilidad y se afirma que esta carece de bases confiables, la contabilidad de un ente puede tener salvamento respecto de ciertas cuentas, ya sean estas de balance o resultado y aún así seguir siendo confiable, la condición para esto es que se conserven los principios y normas de contabilidad vigentes, y que aquellas cuentas que son objeto de cuestionamiento, no afecten en forma significativa la realidad económica de la “empresa”, este riesgo disminuye si dichos factores de desperfecto están identificados y valorados, estando así el usuario en capacidad de establecer la realidad económica del ente. Por estas razones, no todos los errores, omisiones o desaciertos contables, vician la validez de la contabilidad como prueba; en este punto fue reiterada la perito (sic) en asegurar que la contabilidad cumplía con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, y en consecuencia, dio valor probatorio a la misma teniendo en cuenta las salvedades descritas en su informe y las cuales tuvo en cuenta para la valoración, los informes de auditoría tampoco desvaloran la contabilidad, aunque glosen ciertas partidas que consideran pertinente que sean objeto de discusión entre las partes. (...) (Folios 1440 a 1441 del cuaderno No. 4)” (Subrayado fuera de texto)

“No se configura, entonces, un error grave que descalifique las conclusiones del trabajo pericial, razón por la cual el mismo será apreciado por el Tribunal.”

- Luego de haberle conferido plenos efectos a las pericias practicadas durante el transcurso del proceso, el Tribunal de Arbitramento se ocupó de determinar el monto de las “pérdidas operativas” no imputables a la gestión del operador. Para ello se valió del anexo 1.1. de la aclaración al primer dictamen pericial, el

cual estimaba dicho rubro en la suma de \$1.496.578.933. En palabras de los árbitros:

“Puede verse en el anexo 1.1. de la aclaración al primer dictamen de la perito (sic), que las pérdidas operativas sufridas por Conhydra S.A. ESP, entre los años 2000 y 2007 ascienden, debidamente actualizadas a junio de 2007, a la suma de \$1.496.578.933. Esta cantidad no fue discutida y por ende será considerada por el Tribunal como cierta para su decisión.

Empero, resulta jurídico, para que el pago sea completo, que el valor indicado sea nuevamente actualizado a la fecha del laudo. Procede por tanto el Tribunal a su actualización al tiempo del fallo. En tales condiciones, la actualización equivale a \$182.959.409, para un total de \$1.679.529.342.

A la anterior suma debe restársele el valor de las glosas determinadas en el anexo 1.2. de la aclaración del primer dictamen pericial, actualizadas hasta junio de 2007 en \$48.990.190. Este valor debe actualizarse a la fecha del laudo: la actualización equivale a \$5.986.113.

Total de las glosas actualizadas \$54.976.303.

En consecuencia, el monto final de las pérdidas operativas – deducidas de las glosas – es de \$1.624.553.039. (Subrayado fuera de texto)

6.3.5. Visto lo anterior, la Sala encuentra que el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP incurrió en una vía de hecho por defecto probatorio, ya que realizó una interpretación irrazonable y ostensiblemente equivocada de las pruebas obrantes en el expediente y en especial de los dictámenes periciales practicados durante el trámite arbitral, porque dedujo de aquellos, sin que fuera objetivamente posible hacerlo, el monto de la obligación de pagar las “pérdidas operativas” no imputables a la gestión del operador.

La Corte observa que la vía de hecho por defecto fáctico se estructuró a partir de diversas consideraciones del Tribunal de Arbitramento, que lo llevaron a extraer del plenario una conclusión probatoria ajena a la realidad de la controversia. En efecto, los árbitros: (i) ignoraron el carácter inequívoco de las conclusiones del primer dictamen pericial en cuanto a la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema como fundamento para el cálculo de las pérdidas operativas; (ii) fundamentaron su decisión única y exclusivamente en el anexo 1.1. de la aclaración del primer dictamen pericial, a pesar de que aquel señalaba de manera textual que las cifras allí consignadas no podían tenerse como confiables; (iii) inadvirtieron que los cuestionamientos

realizados a dicha prueba en lo relativo al carácter impreciso de la estimación de las pérdidas nunca fueron abordados, ni siquiera tangencialmente, por la pericia decretada para resolver la objeción por error grave planteada y (iv) no consideraron aquellas otras pruebas que corroboraban la falta de confiabilidad del sistema de acueducto. A continuación, la Sala explicará cada uno de dichos yerros.

(i) El Tribunal de Arbitramento desconoció el carácter inequívoco de las conclusiones del primer dictamen pericial en cuanto a la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema.

La Sala observa que el dictamen pericial del diez (10) de agosto de dos mil siete (2007), prueba técnica específicamente decretada con el fin de cuantificar el monto de las pérdidas operativas, no dejaba duda respecto de la existencia de serias irregularidades en la contabilidad del sistema de acueducto, que no hacían posible el cálculo de las “pérdidas operativas” objeto del debate arbitral. Sobre el particular, la experticia señaló expresamente lo siguiente:

“Verificadas las auditorias financieras y de gestión y resultados puedo opinar que contienen un análisis válido y que las cifras con las que fueron elaboradas son ciertas, pues son extraídas de la contabilidad del sistema y soportes contables, excepto porque se tiene en cuenta auditoría financiera, el cálculo de la retribución que no ha representado un movimiento de caja.

“Es de anotar que la determinación de las pérdidas no imputables a la gestión del operador, no es posible certificarlas: por la cantidad de glosas y observaciones realizadas por los auditores y adicionalmente porque no es materia de la perito (sic) contable evaluar si son imputables o no a la gestión del operador.”

“Además, debe concretarse cuál es el sistema para determinar las pérdidas operativas, si el sistema de caja o causación.”

“2.7 Con todo lo anterior dirá si la contabilidad de Conhydra refleja la situación real financiera del sistema.”

“Después de analizar el manejo contable efectuado por el operador, considero que la contabilidad no refleja la situación real del sistema por no manejarse el sistema de causación en su totalidad; la mayoría de las glosas no han sido descontadas de la contabilidad; se presentan ingresos negativos por ajustes, los ingresos se contabilizan por el valor neto (ingresos menos devoluciones y descuentos); se omite el manejo de las cuentas de orden para la cartera provisionada e inversiones; se efectúan registros contables que no son técnicos, no se efectuó el corte contable con Acuantioquia.”

“La contabilidad permite identificar, medir, clasificar, registrar, interpretar, analizar, evaluar e informar las operaciones de un ente económico en forma clara, completa y fidedigna; bajo estos parámetros se puede conocer la realidad económica o situación real financiera de una entidad.”

4. Verifique que la contabilidad del sistema de Turbo se lleve de acuerdo a las normas contables.

“En general puedo certificar que la contabilidad del Sistema de Turbo es llevada de acuerdo con las normas técnicas contables, excepto por:

- Existen deficiencias en el manejo de causación en vista de que la retribución, suma que es representativa no se causa mes a mes y el pasivo con Acuantioquia.
- Los ingresos son contabilizados por el valor neto, por lo tanto no se maneja la cuenta de devoluciones y descuentos.
- Las cuentas de orden por la cartera dada de baja e inversiones, no se contabilizan de acuerdo con lo establecido en el PUC de servicios públicos.
- No se clasifica como activo no corriente la cartera morosa.
- El registro no ortodoxo de la cartera dada de baja a diciembre 31 de 2002.
- El no registrar el valor de las glosas efectuadas por los auditores.”⁵⁷ (Subrayado fuera de texto)

Como se observa, la auxiliar de la justicia explicó que la contabilidad tiene como fin la identificación, medición, clasificación, registro, interpretación, análisis y evaluación de las operaciones de un ente económico en forma clara, completa y fidedigna, y constató que la del sistema de acueducto del Municipio de Turbo, en razón de sus inconsistencias, no servía para tal fin. Así las cosas, no resultaba coherente que ante dicho hallazgo, el Tribunal de Arbitramento se haya fundamentado en ella para condenar a la entidad demandada al pago de las pluricitadas pérdidas operativas, teniendo en cuenta que cualquier cifra que se extrajera de ella resultaría, como expresamente aseguró la perita en su encargo, ajena a la realidad de dicho ente económico.

(ii) El Tribunal de Arbitramento realizó una apreciación descontextualizada y aislada de la prueba que sirvió como fundamento para la condena.

El Tribunal de Arbitramento fundamentó su decisión de condenar al Municipio de Turbo en la respuesta de la perita en relación al *quantum* del rubro objeto de la controversia, que quedó consignada en el anexo 1.1. del escrito de aclaración y complementación del primer dictamen pericial. Si bien

⁵⁷ Folios 163 a 168; 190 del cuaderno 2 de primera instancia.

dicha prueba contenía una estimación aritmética de dicho concepto, también señalaba de manera clara y enfática que las cifras obtenidas no podían entenderse como confiables, en razón a las múltiples inconsistencias que padecía la contabilidad del sistema. Sobre el particular, la perita señaló lo siguiente:

“He determinado los déficit tanto por el sistema de causación, como por el de caja pues considero que sólo al Honorable Tribunal corresponde definir el sistema para su determinación de acuerdo con el contrato celebrado.”

“Las cifras finales que resultan en cada operación de caja y causación, son el reflejo de la información extractada de las auditorías financieras y contabilidad del operador, por lo tanto y debido a tantos interrogantes no resueltos (ingresos por facturar, gastos no inherentes al sistema, etc) no puedo asegurar que éstos resultados sean confiables.”

*“Esta última afirmación inclusive se encuentra plasmada por los auditores al quedar pendientes tantos interrogantes.”*⁵⁸ (Subrayado fuera de texto)

Más adelante, la perita se sostuvo en su afirmación inicial relativa a la falta de confiabilidad de los asientos contables del sistema de acueducto al expresar que:

“El hecho de que algunos registros no técnicos no afecten el resultado final de las operaciones del sistema, no son justificación para decir que la contabilidad se lleva en debida forma.”

“Ahora bien, continúo opinando que la contabilidad del sistema no refleja la situación real financiera por los siguientes motivos:

- *La no causación de la retribución. Se muestra un menor valor en los pasivos y los gastos no reflejan la situación real.*
- *La no contabilización del pasivo con Acuantioquia crea una incertidumbre ya que se pueden haber dejado de registrar costos y gastos o los ingresos pueden estar disminuidos.*
- *En informes de auditoría se manifiesta que se ha dejado de facturar valores significativos.*
- *Existen igualmente en los informes de auditoría observaciones sobre algunos traslados de dinero cuyo soporte no está a satisfacción de la auditoría.”*⁵⁹ (Subrayado fuera de texto)

Visto lo anterior, la Corte considera que el Tribunal de Arbitramento realizó una apreciación manifiestamente aislada y descontextualizada de dicha

⁵⁸ Folio 282 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁵⁹ Folios 310 y 311 del cuaderno 2 de primera instancia.

experticia, que pugna de manera flagrante con el deber de valoración integral de las pruebas contemplado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, al tomar como ciertas las cifras estimadas en dicha aclaración y complementación al dictamen pericial. En efecto, resulta contrario a cualquier mínimo de razonabilidad jurídica darle plenos efectos a las cifras calculadas por la perita, siendo que el mismo experticio señalaba de manera frontal que tales montos eran apenas estimativos, y por ello no podían tenerse como fundamento para condenar al Municipio de Turbo al pago de dicho rubro.

Este Tribunal reprocha que los árbitros hayan tomado tales valores como monto real de las pérdidas operativas, por considerar que esas sumas no habían sido discutidas, muy a pesar de que dicho asunto había sido justamente uno de los puntos más debatidos a lo largo del trámite arbitral. La importancia de tal circunstancia imponía que el Tribunal de Arbitramento, por lo menos, pusiera fin al manto de duda que los demás elementos probatorios del expediente introducían y en consecuencia se pronunciara sobre el mérito que tenían las otras pruebas. En opinión de esta Corte, el papel central que jugaba la acreditación de la suma de las pérdidas operativas no permitía que los árbitros se fundamentaran en una sola prueba que, de por sí, señalaba el carácter incierto y meramente estimativo de las cifras allí contenidas.

Adicionalmente, debe recordarse que el anexo 1.1. hace parte de la aclaración al primer dictamen pericial practicado en el trámite arbitral, el cual señalaba, a manera de conclusión, que “*la contabilidad no refleja la situación real del sistema.*”⁶⁰ Así las cosas, la estimación de las pérdidas operativas realizadas en esa oportunidad debía leerse necesariamente a la luz de dicha conclusión, por lo cual no podía tomarse ciegamente como el monto de la obligación judicialmente discutida.

(iii) La prueba que se practicó para cuestionar los hallazgos del primer dictamen pericial en relación con el monto de las pérdidas no resolvió los reproches.

La prueba practicada con el fin de establecer el monto de las pérdidas operativas fue objeto de un agitado debate al interior del trámite arbitral. En efecto, las partes cuestionaron varios de los hallazgos del primer dictamen pericial y por ello solicitaron su aclaración y complementación. Posteriormente, el Municipio de Turbo lo objetó por error grave, por considerar que incurría en una contradicción insalvable al señalar que no era posible establecer el valor de las pérdidas operativas y al mismo tiempo, las hubiera calculado⁶¹. Fundamentado en las conclusiones del segundo dictamen, el Tribunal resolvió la objeción de manera desfavorable a los intereses de la parte accionante, lo cual lo habilitó para valorar conjuntamente ambos peritajes y así tomar como fundamento el anexo 1.1. para condenar al pago de las pérdidas operativas.

⁶⁰ Folio 168 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁶¹ Folios 737 a 767 del cuaderno 3 de primera instancia.

No obstante lo anterior, la Sala observa que el segundo dictamen guardó absoluto silencio en lo relativo a la estimación de las “*pérdidas operativas*” realizada en la primera experticia. En realidad, la segunda peritación se limitó a señalar que no toda contabilidad, por la sola circunstancia de padecer de algunas inconsistencias, podía considerarse como no confiable, al conceptuar que:

“De otro lado, en el escrito de objeciones por parte del convocado se hace énfasis en el aspecto cualitativo de la contabilidad y se afirma que esta carece de bases confiables, la contabilidad de un ente puede tener salvamento respecto de ciertas cuentas, ya sean estas de balance o de resultado y aun así seguir siendo confiable, la condición para esto es que se conserven los principios y normas de contabilidad vigentes, y que aquellas cuentas que son objeto de cuestionamiento, no afecten en forma significativa la realidad económica de la empresa, este riesgo disminuye si dichos factores de desperfecto están identificados y valorados, estando así el usuario en capacidad de establecer la realidad económica del ente. Por estas razones, no todos los errores, omisiones o desaciertos contables, vician la validez de la contabilidad como prueba; en este punto fue reiterada la perito (sic) en asegurar que la contabilidad cumplía con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, y en consecuencia, dio valor probatorio a la misma teniendo en cuenta las salvedades descritas en su informe y las cuales tuvo en cuenta para la valoración, los informes de auditoría tampoco desvaloran la contabilidad, aunque glosen ciertas partidas que consideran pertinente que sean objeto de discusión entre las partes.”⁶²
(Subrayado fuera de texto)

El artículo 241 del Código de Procedimiento Civil establece que, a menos de que prospere la objeción por error grave, los dictámenes periciales deberán ser apreciados conjuntamente. Así las cosas, ante el fracaso de la objeción por error grave y la ausencia de pronunciamiento expreso respecto de la exactitud y confiabilidad del monto calculado en el anexo 1.1., el segundo dictamen pericial dejaba incólume la conclusión alcanzada en la primera experticia en lo relativo al monto de las pérdidas operativas. Por ello, la cifra estimada en el primer dictamen debía seguirse leyendo en los mismos términos y bajo las mismas advertencias que hizo la perita en aquella oportunidad, es decir, sin “*asegurar que éstos resultados sean confiables.*”⁶³

En consecuencia, el Tribunal de Arbitramento incurrió en un error apreciativo protuberante, ya que sustentó la naturaleza presuntamente cierta y precisa de la obligación contractualmente debida a partir de un elemento probatorio que nada decía sobre dicho asunto. Para la Corte, si bien el segundo dictamen podía servir como fundamento para desestimar la objeción grave formulada

⁶² Folios 764 y 765 del cuaderno 3 de primera instancia.

⁶³ Folio 282 del cuaderno 2 de primera instancia.

por el Municipio de Turbo, no resultaba adecuado para derivar de él un carácter cierto y confiable de las cifras obtenidas en la primera de las experticias, ya que el auxiliar de la justicia encomendado para la elaboración de la prueba no se pronunció sobre dicha circunstancia.

(iv) El Tribunal de Arbitramento dejó de valorar pruebas que apuntaban inequívocamente a la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema de acueducto.

Aunado a los anteriores yerros, el Tribunal de Arbitramento inobservó varias pruebas que coincidían con los hallazgos de los dictámenes periciales y que, en consecuencia, corroboraban la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema de acueducto como base para determinar las pérdidas operativas.

Por ejemplo, y aun a pesar de que su alcance probatorio estaba limitado a lo ocurrido entre los años 2000 a 2003, la prueba denominada “*levantamiento contable*” arrojaba aún más interrogantes respecto de si era razonablemente posible usar la contabilidad del sistema de acueducto del Municipio de Turbo para cuantificar las pérdidas operativas. En efecto, en dicho trabajo se señaló:

“Nuestro grupo de trabajo parte de este compromiso formal como se define desde la licitación y de la cláusula quinta, parágrafo segundo del contrato, el cual contempla lo siguiente: “En caso de que se presenten pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador, Acuantioquia ESP las enjugará dentro de los 10 primeros días del período siguiente y.....”, para establecer claramente en cada ejercicio discriminado mes a mes, las pérdidas operativas y/o saldos a favor generados, de conformidad con lo establecido en el contrato de Operación suscrito entre Conhydra S.A. ESP y el Municipio de Turbo. No obstante, se debe tener en cuenta que los resultados corresponderán a cifras estimadas, las cuales están afectadas por las siguientes razones:

- *Los ingresos fueron tomados de los informes llamados por Conhydra Gerenciales de Facturación, los cuales presentan cifras negativas que disminuyen los ingresos reales.*
- *Se incluye como ingresos el déficit tarifario, el cual no fue causado por el operador.*
- *Los ingresos pueden contener facturación del anterior propietario del sistema.*
- *Los ingresos están afectados por el castigo de la cartera, además la cartera castigada en el año 2002, incluye cuentas por cobrar de antes de 1999.*
- *Los egresos pueden contener erogaciones propias del anterior propietario del sistema.*
- *Los egresos contienen costos y gastos recuperables como son venta de medidores y materiales, entre otros, los cuales se*

desconocen sí el operador los ha trasladado y cobrado al usuario.

- *Se descontaron los costos y gastos diferentes a los incluidos por el operador en el plan general de costos de administración, operación y mantenimiento presentado en su propuesta económica.*
- *Se descontaron algunos costos y gastos que carecen del soporte necesario que permita relacionarlo con el objeto del contrato suscrito entre Conhydra y el propietario del sistema de acueducto del Municipio de Turbo.*
- *Se incluye como gastos la retribución que el operador percibe por operar, administrar y mantener el sistema de acueducto, gasto no causado por Conhydra.”⁶⁴ (Subrayado fuera de texto)*

Adicionalmente, la testigo Doris Posada Muñoz, quien participó directamente en la elaboración de las denominadas “auditorías financieras”, declaró enfáticamente dentro del trámite arbitral la falta de confiabilidad del sistema de acueducto, al manifestar que:

“Preguntado: *¿Por qué no nos indica: entonces la conclusión era cual y a qué se debe eso?* **Respuesta:** *La conclusión es que la contabilidad que tenía Conhydra no servía, no mostraba, no era confiable. ¿Por qué? Porque si yo estoy prestando un servicio de acueducto para una población servida que generalmente ha sido la misma, digamos en este caso seis mil usuarios; si yo estoy prestando ese servicio, no es razonable que mis ingresos sean negativos. ¿Y por qué razón digo yo que estaba prestando el servicio? Porque si yo voy a mirar la contabilidad, se generaron costos. O sea que esto como está es como decir: “yo no presté el servicio”, pero si yo voy a la realidad si se prestó el servicio porque se generaron gastos para yo poder suministrar el agua potable. La metodología también de Conhydra, el plan de servicios públicos, todos los prestadores de servicios públicos tienen que guiarse por el plan de contabilidad. Ese plan de contabilidad es diseñado por la Superintendencia, en armonía con el Plan de la Contaduría General de la Nación y en armonía con el Decreto 2649, que ese decreto es para el sector privado. La metodología es muy cambiada, ellos van cambiando año a año la metodología para registrar sus ingresos, como les dije, en el 2000 y 2001 fue por recaudo, hay algo más, los ingresos ellos los sacan de una forma deductiva, dependiendo de la cartera. Ellos tienen que tener, y tienen, es que Conhydra tiene la infraestructura para determinar qué es ingreso y qué es cartera. Entonces yo no puedo decir que mis ingresos dependen del comportamiento de la cartera.* **Preguntado:** *¿Usted decía que las pérdidas operativas no se establecían con los gastos, sino que se estimaban. ¿Y si se estimaba si eran o no imputables al operador?*

⁶⁴ Folios 86 y 87 del cuaderno 2 de primera instancia.

Respuesta: No, nosotros no tuvimos ese alcance de verificar si eran imputables o no al operador.”⁶⁵ (Subrayado fuera de texto)

En igual sentido se orientó el testimonio de la señora Claudia Patricia Olarte Betancur, quien participó en la elaboración del “levantamiento contable 2000-2003”, al asegurar lo siguiente:

“Preguntado: Ustedes en su trabajo, en el levantamiento contable ¿pudieron determinar cuáles son las pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador? **Respuesta:** Lo que pasa es que cuando nosotros hicimos el cálculo, nosotros empezamos, como les explicaba, a mirar cuáles eran inicialmente las pérdidas o excedentes operativos, y nosotros no pudimos llegar a una cifra tan cierta, porque como me preguntaban ahorita: esa cifra que ustedes calcularon en su matriz ¿esos son los excedentes o pérdidas operativas reales? Como les digo, los documentos sobre los cuales nosotros trabajábamos y estudiábamos, y esto, de todas maneras para mí no son los más confiables (no estoy diciendo que ellos digan), para mí no son confiables mejor dicho, no son confiables porque o la base de datos no me daba, o el comportamiento de las cifras no me daba, o porque pedíamos una explicación sobre por ejemplo otros conceptos de facturación, y me parecía imposible. **Preguntado:** Disculpe, pero volvamos a la pregunta: ¿entonces los pudieron determinar, o no? **Respuesta:** No, hasta allá no llegamos, porque alcanzamos a mirar los déficits operativos y no, son cifras estimadas, como lo decía ahorita. **Preguntado:** Por eso, ¿pero los que no son imputables al operador no los pudieron determinar? Esa es la pregunta. **Respuesta:** No señor”⁶⁶ (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, la Sala advierte que, de las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer con claridad y certeza a cuánto ascendían las “pérdidas operativas” no imputables a la gestión del operador que suscitaron la convocatoria del Tribunal de Arbitramento. En realidad, la integralidad del acervo probatorio apuntaba a la existencia de múltiples irregularidades, “glosas” y “observaciones” que impedían que la contabilidad del sistema de acueducto y las “auditorías financieras” realizadas con base a ella, fueran una prueba con el alcance probatorio suficiente para determinar la cuantía del derecho crediticio perseguido por la parte convocante. En este orden de ideas, al apoyarse en tan solo una prueba, la cual incluso advirtió sobre el carácter inexacto y dudoso de la estimación de las pérdidas, el Tribunal de Arbitramento incurrió en un error de apreciación probatoria insalvable, ya que ignoró injustificadamente que ese mismo elemento de convicción, al igual que la integralidad del plenario, demostraban justamente lo contrario. Ha de anotarse que el presente yerro apreciativo es evidente y tiene una magnitud considerable para el sentido de la decisión reprochada, ya que con fundamento

⁶⁵ Folio 1057 del cuaderno 4 del Tribunal de Arbitramento.

⁶⁶ Folios 1024 y 1025 del cuaderno 4 del Tribunal de Arbitramento.

en él se tomó la determinación de condenar al Municipio de Turbo al pago de las pérdidas operativas. En efecto, de haberse valorado el plenario de una manera sistemática y armónica, no existe duda que el Tribunal de Arbitramento hubiera concluido que la contabilidad del sistema de acueducto no era confiable y, en consecuencia, hubiera dictado un fallo desestimatorio de las pretensiones de la solicitud de convocatoria.

En ese sentido, la Corte hace suya la apreciación realizada por la Procuraduría Judicial Administrativa durante el trámite arbitral, según la cual no existía en el plenario ningún fundamento serio para derivar la existencia de pérdidas operativas.⁶⁷

Para la Sala resulta pertinente enfatizar que la presente determinación no busca suplantar las competencias conferidas por la Constitución y la voluntad expresa de las partes a los miembros del Tribunal de Arbitramento y tampoco pretende sentar una regla de procedencia general de la acción de tutela frente a laudos arbitrales. Por el contrario, la decisión de conceder el amparo solicitado por el Municipio de Turbo obedece a la verificación de un error de hecho protuberante y evidente como el descrito en párrafos anteriores.

7. Conclusión.

El análisis precedente permite concluir que la solicitud de tutela presentada por el Municipio de Turbo debe concederse, debido a que el laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008) del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP constituye una vía de hecho por defecto fáctico toda vez que: (i) realizó una valoración defectuosa del acervo probatorio, al concluir, de manera contraria a las pruebas obrantes en el expediente, que la contabilidad del sistema de acueducto era confiable y en consecuencia podía emplearse para determinar las “*pérdidas operativas*” no imputables a la gestión del operador; (ii) tal error probatorio afectó de manera directa el sentido de la decisión, ya que con fundamento en él se adoptó la determinación de condenar al Municipio de Turbo al pago del rubro perseguido; y (iii) tal incidencia en el sentido del fallo derivó en el insalvable quebrantamiento del derecho al debido proceso de la entidad reclamante, toda vez que el plenario apuntaba inequívocamente a la conclusión diametralmente opuesta.

En estas condiciones, la Corte revocará la sentencia de segunda instancia que, confirmando el fallo de primer grado, declaró improcedente la solicitud de amparo. En su lugar, concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso de la entidad actora y se dejará sin valor ni efecto alguno el laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008).

III. DECISIÓN

⁶⁷ Folios 1008 a 1011 del cuaderno 3 de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el asunto de la referencia.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009) de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual confirmó la decisión del cinco (5) de agosto dos mil nueve (2009) de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura Antioquia, que declaró improcedente la solicitud de amparo presentada por el Municipio de Turbo (Antioquia). En su lugar, **CONCEDER** la protección de su derecho fundamental al debido proceso, vulnerado por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP, a través del laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008).

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, **DEJAR SIN EFECTOS** el laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008), proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP dentro del trámite dado a la solicitud de convocatoria formulada por Conhydra S.A. ESP contra el Municipio de Turbo.

CUARTO.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General